

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ESSAI

SUR

Une Théorie Générale

DES

DROITS ÉVENTUELS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 25 Octobre 1907, à 1 heure 1/2

PAR

Nicolas TITULESCO

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris
Avocat à Bucarest

Président : M. PLANIOL, professeur
Suffragants { *MM. MASSIGLI, professeur*
BARTIN, professeur

PARIS

BONVALOT-JOUVE, Editeur

15, RUE RACINE, 15

1907

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ESSAI
SUR
Une Théorie Générale
DES
DROITS ÉVENTUELS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 25 Octobre 1907, à 1 heure 1/2

PAR

Nicolas TITULESCO

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris
Avocat à Bucarest

Président : M. PLANIOL, professeur

Suffragants { MM. MASSIGLI, professeur
BARTIN, professeur



PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE

15, Rue Racine, 15

—
1907

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

PRÉFACE

Ce travail voudrait être, avant tout, une étude de technique juridique. Nous entendons par là, une étude qui se propose de faire prévaloir une construction théorique grâce à laquelle on puisse accorder la protection légale à un grand nombre d'intérêts, trop souvent sacrifiés par le jeu des actuels « principes du droit ».

La science juridique, en tant qu'il s'agit de la connaissance des lois, repose sur un certain nombre de constructions abstraites au moyen desquels le jurisconsulte réussit à saisir l'ensemble des matières du droit, à le cataloguer, à l'exprimer en formules. Ces constructions abstraites, dont la totalité constitue la technique juridique, sont par rapport au matériel du droit ce qu'est n'importe quelle science par rapport aux objets qu'elle étudie. Nous pourrions donc dire que la technique juridique est la manière dont la conscience humaine saisit les phénomènes juridiques externes et cherche à les comprendre. Aussi, conçoit-on facilement, pourquoi le droit a précédé la technique. Pour peu qu'un besoin eût exigé telle règle de conduite, une loi, dans le sens le plus large de ce mot, pouvait intervenir et lui donner satisfaction. Mais, quand il était ensuite question de déterminer dans quel rapport se trouvait la règle nouvelle avec les règles anciennes, quand il s'agissait sur-

tout de déterminer la place que le principe nouveau devait occuper dans l'ensemble des conceptions juridiques fondamentales de l'époque, des difficultés sans nombre survenaient. Les ressorts de la technique ancienne étaient-ils assez élastiques pour englober la solution nouvelle ? N'y avait-il pas lieu, plutôt, de reviser les grands principes du droit eux-mêmes ? Toutes ces discussions n'ont pas abouti en un jour ; aussi pouvons-nous dire que les lois ont eu le temps de vieillir, avant que leur principe soit définitivement assimilé au point de vue technique. En cela, la technique juridique eut à subir le sort commun de toutes les manifestations de l'esprit : leur objet existait bien avant qu'elles ne se produisent. Mais là s'arrête l'analogie entre la technique juridique et les autres sciences. Tandis que ces dernières sont à jamais condamnées à *formuler* les phénomènes dont elles s'occupent, sans pouvoir les changer en rien, la technique juridique est destinée d'avoir en même temps un rôle *créateur*. Expliquons-nous. Les phénomènes qui font l'objet des sciences naturelles sont indépendants de la volonté, aussi l'homme ne pourra-t-il, que se borner à les connaître. Les phénomènes qui font l'objet de la science juridique ou de toute sciencesociale sont essentiellement volontaires et mobiles. Le droit change journellement. Aussi, une intervention de volonté, destinée à donner au droit telle direction plutôt que telle autre, est-elle possible. Cette intervention de volonté peut émaner du législateur, comme elle peut émaner des interprètes ; elle peut donc se réaliser par le vote d'une loi, ou par voie d'interprétation, à l'aide de la technique juridique.

Comment la technique juridique peut-elle être amenée à

influer la marche du droit au lieu d'être réduite à la constater ? Pour répondre à cette question, il faut se rappeler les principes qui ont cours actuellement sur l'interprétation des lois.

Interpréter une loi ne signifie plus rechercher la volonté du législateur. Cette volonté peut parfaitement ne pas exister, du moment qu'il est constant que le législateur n'a pas la possibilité matérielle de prévoir toutes les difficultés d'application qu'une loi peut soulever avec le temps. Interpréter une loi doit signifier rechercher la solution pratique la plus convenable. Seulement, cette solution comment la trouvera-t-on ? D'après l'équité pure, sans la moindre considération tirée de la loi écrite ? Evidemment non ! Si cela était, on créerait une justice subjective, qui ne pourrait fatalement être une pour tous les justiciables. D'ailleurs, à quoi servirait la législation écrite à une société, où l'équité serait la seule règle suivant laquelle on doit donner satisfaction aux intérêts juridiques ? Le nouveau principe d'interprétation ne signifie pas *écarter* la loi écrite ; il signifie *adapter* cette loi aux besoins sociaux. Comment ce procès d'adaptation se réalisera-t-il ; comment arrivera-t-on à concilier le respect de la loi et celui de l'intérêt pratique ? C'est ici qu'intervient le nouveau rôle de la technique juridique et du jurisconsulte. Ce qui intéresse au plus haut point ce dernier, ce n'est pas la loi écrite en elle-même, c'est le principe abstrait, général, que cette loi semble appliquer à des cas particuliers, c'est surtout le rapport existant entre ce principe et les conceptions fondamentales du droit. C'est à ce principe abstrait qu'il fera sûrement appel pour résoudre les difficultés d'application que la loi écrite peut soulever. Or si cela est, le rôle du jurisconsulte devant la loi à appliquer sera de lui

forger un support de principes abstraits tels que, n'importe quand on fera appel à eux, ces derniers ne contredisent pas les intérêts des justiciables ! La loi écrite doit donc apparaître au jurisconsulte comme l'élément d'un *système* qu'il aura à créer, et qui devra être assez large pour englober toutes les hypothèses auquel le législateur n'a pas pensé. Certes, un tel travail n'est pas aisé, et il ne saurait être fait sans beaucoup de tâtonnements ; aussi le jurisconsulte doit-il le priser très haut, car il rapproche sa tâche de celle du législateur.

Posons donc en conclusion dernière que la technique juridique est appelée à jouer de nos jours un rôle des plus considérables : elle a pour fonction de saisir et de coordonner la marche et le développement si complexe du droit moderne ; elle est surtout destinée à devancer l'œuvre du législateur, par l'adaptation continue d'un texte ancien aux besoins nouveaux.

Si nous descendons maintenant de ces considérations générales à ce qui se passe en fait, nous sommes tout étonnés de constater la position qu'occupe aujourd'hui la technique juridique par rapport au droit. A une époque où la technique devrait devancer la marche du droit légal, nous constatons qu'elle a beaucoup de peine à la suivre. A une époque où le droit remplit si brillamment son œuvre de socialisation, nous voulons expliquer l'état nouveau avec les mêmes notions que nous a légués le droit romain. Il s'ensuit que la technique actuelle est souvent une gêne pour le jurisconsulte conscient de sa mission. Aussi, combien de fois n'a-t-on pas eu recours, pour faire triompher une solution pratique, qui ne cadrerait pas avec les principes, à des raisonnements alambiqués, forcés, ne valant que pour l'espèce et sur la valeur desquels personne ne s'est trompé

Mais ce procédé est insuffisant : il manque de généralité et il abaisse le raisonnement juridique au rôle d'un expédient. La conclusion qui s'impose est donc la nécessité de reviser la technique actuelle et de lui donner assez d'ampleur pour qu'elle puisse accomplir la nouvelle fonction qu'elle est appelée à remplir.

La littérature juridique récente témoigne jusqu'à quel point on s'est rendu compte de cette nécessité. On propose dans beaucoup de domaines du droit des conceptions nouvelles destinées à donner pleine satisfaction aux intérêts pratiques et à faciliter le progrès juridique. Citons au hasard : la théorie de l'obligation unilatérale, celle de la propriété en main commune, celle des patrimoines d'affectation, etc. Certes, toutes ces constructions ne sauraient être érigées d'un coup en vérités incontestables. Leur mérite est surtout de provoquer des discussions, qui aboutiront à trouver le moyen d'assouplir la technique ancienne ; par là, leur utilité devient apparente. Aussi, pensons-nous que c'est dans cette direction que doivent se concentrer les efforts de ceux qui désirent le progrès du droit.

*
* *

Ce sont des considérations de ce genre qui nous ont amené à étudier la théorie des droits éventuels ; nous les avons exposées longuement, parce qu'elles constituent la justification de notre travail. Nous sommes parti de cette idée que la classification des actes juridiques en purs et simples et conditionnels était trop rigoureuse. En effet, la conclusion immédiate de cette

classification restrictive serait qu'on doit considérer comme étant le néant juridique un grand nombre de situations où il n'y a ni droit pur et simple, ni droit conditionnel et où pourtant l'intérêt pratique exige la protection légale.

Certainement, dans les cas les plus pressés, la doctrine est bien arrivée à satisfaire les intérêts par des raisonnements spéciaux, sans rattache avec les grands principes, en contradiction avec eux plutôt. Mais c'est là une protection incomplète et disparate. Pour donner pleine satisfaction à tous ces intérêts sans exception, et cela par un procédé unique, nous sommes arrivés à la conclusion qu'il fallait élargir la sphère des modalités qu'un acte juridique pouvait comporter, qu'il fallait faire place, à côté du terme et de la condition, à une modalité nouvelle : *l'éventualité*.

C'est cette dernière que nous avons étudiée. Ce que nous avons surtout voulu c'est de présenter cette modalité comme un organisme, avec sa structure et sa fonction spéciale. Aussi, avons-nous gardé pour nous le travail synthétique qui a précédé cette étude, et avons-nous décrit l'éventualité comme quelque chose d'existant. Nous avons cru qu'en agissant ainsi notre exposé serait plus vivant et plus convaincant.

Certes, nous sommes resté au-dessous de notre tâche. Sans invoquer sa difficulté comme une excuse, faisons du moins observer que notre étude n'a pas été des plus faciles. Nous avons eu à construire une théorie générale avec des morceaux disparates, pris un peu partout, dans tous les domaines du droit. On ne devait pas perdre un instant le fil conducteur à travers des questions nombreuses, qui étaient déjà en elles-mêmes des problèmes. Aussi n'avons-nous pas abusé des citations, toutes

les fois qu'il s'agissait d'établir un principe que nous devons incorporer dans la théorie des droits éventuels. La littérature aussi nous a manqué sur notre sujet. Les auteurs ne parlent des droits éventuels qu'incidentellement, sans s'arrêter longuement et sans vues d'ensemble sur la matière. Ce n'est que dans les deux importants articles de M. Demogue, publiés dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, que l'éventualité est étudiée comme une modalité à part, tant au point de vue des hypothèses où elle peut se rencontrer, qu'à celui de ses effets juridiques (1). Le plan de l'exposition aussi n'a pas été très facile à établir. On devait grouper les différents éléments de discussion de telle sorte qu'ils forment un tout, autrement ou pourrait le risque de ne pas voir en quoi les différentes questions tranchées dans ce travail constituaient une théorie des droits éventuels.

Si malgré toutes ces difficultés, nous avons réussi à intéresser le lecteur à la question, notre but est pleinement atteint.

1. Le premier article : *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, se trouve dans la *Revue trimestrielle*, 1905, p. 723 et suiv. ; le second article : *De la nature et des effets du droit éventuel*, dans la même revue, 1906, p. 231 et suiv. Dans notre travail, nous citons ces articles par leur numéro d'ordre, I ou II, en indiquant la page de la Revue.

Notion du Droit Éventuel

ET

Importance de son Étude

1. Les actes juridiques, partant, les droits qui en naissent, peuvent être purs et simples ou affectés d'une modalité ; ils sont dits purs et simples, lorsqu'aucun événement ne les empêche de produire, sitôt nés, leurs effets ; ils sont dits à modalité, lorsque leur naissance, leurs effets ou leur extinction dépendent de la réalisation d'un fait extérieur. La modalité, qui consiste en un événement futur, de réalisation certaine, et qui suspend l'exigibilité d'un droit ou met fin à son existence, est appelée *terme* ; au contraire, la modalité, qui suspend la naissance ou l'extinction d'un droit, est appelée *condition*, lorsqu'elle consiste en un événement futur de réalisation incertaine.

2. Le terme et la condition sont les seules modalités dont la loi parle d'une façon expresse et dont elle organise le fonctionnement ; en conséquence, les auteurs qui, dans l'immense majorité des cas, n'ont fait

que commenter les dispositions de la loi écrite, sans chercher à dégager les principes abstraits, non nommés, mais peut-être appliqués dans des hypothèses diverses et en apparence isolées, n'étudient et n'imaginent possibles que les deux modalités expressément visées par la loi. A bien examiner certains articles du Code et à bien analyser certaines situations juridiques fréquentes, on arrive cependant à se convaincre, qu'à côté du terme et de la condition, il y a encore une autre modalité, plus difficile à trouver, moins riche en conséquences pratiques, mais très intéressante par le manque de sanction qu'elle révèle le plus habituellement, à cause de l'absence d'une conception générale sur la matière, et par la protection qu'elle sollicite et qui existe dans la loi si l'on sait la trouver ; nous appelons cette troisième modalité : *l'éventualité*, et de là, les droits qu'elle affecte, les *droits éventuels*.

3. Que doit-on entendre par droit éventuel ?

Une personne vend à une autre une récolte à venir ; la convention, quoique manquant d'objet, est valable conformément à l'article 1130, qui permet qu'on fasse des choses futures l'objet d'une obligation. En disant que la convention est valable, j'entends que les obligations et droits des parties sont nés *immédiatement*, qu'ils ne sont pas suspendus dans leur création jusqu'au moment où l'objet apparaîtra, autrement ce serait ne donner aucune portée à l'alinéa 1^{er} de l'article 1130 ; car ce serait décider que les con-

trats ne valent que s'ils portent sur des objets existants. Ce qui est différé, dans notre hypothèse, ce n'est que l'exécution des obligations qui, évidemment, ne pourra se faire que le jour où l'objet a pris naissance. Donc le droit de l'acheteur, quoique sans objet jusqu'au moment où la récolte promise ne prend pas corps, existe pourtant dès le jour de la convention ; l'acheteur a un droit reconnu par la loi, par l'article 1130, qui, en permettant de contracter sur les objets futurs, reconnaît l'existence de droits sans objets.

4. Quelle espèce de droit est celui de l'acheteur ? Ce n'est évidemment pas un droit pur et simple, car sa réalisation est suspendue jusqu'à la naissance de son objet ; ne serait-ce pas un droit conditionnel ? On serait tenté de le croire : l'acheteur a un droit ; mais à condition qu'un jour son objet vienne à naître ; en effet, si son objet ne naît jamais, il n'y a jamais eu droit ; donc, pour le moment, il a un droit conditionnel.

5. L'examen de la nature du droit conditionnel aura vite raison de cette manière de voir. L'article 1168 dit, que « l'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain ». Donc, le droit conditionnel est un droit auquel il ne manque aucun élément nécessaire à sa perfection, un droit complet à tout point de vue, un droit qui a un titulaire, un objet, une cause, qui suppose un consentement, et ne dépend pas *de lui-même*

dans son existence d'un événement futur, mais qu'on fait dépendre, artificiellement, d'un fait futur (1), par une clause spéciale, un droit qui aurait pris naissance immédiatement sans cette clause. La rédaction de l'article 1168 montre suffisamment que l'événement qui joue le rôle de condition ne peut et ne doit être qu'un fait externe au contrat, et non pas l'un de ses éléments constitutifs.

Il faut donc distinguer les conditions ordinaires, expresses ou présumées, des éléments constitutifs de l'acte, de ce qu'on appelle les conditions implicites, virtuelles ou même tacites (2), de ce que nous appelons *l'éventualité*.

Or, dans notre exemple, le fait, pour le droit de l'acheteur de manquer d'objet, ne peut être considéré comme une condition ; car il s'agit là de bien plus, il s'agit de la réalisation de l'un des éléments constitutifs du droit même ; le droit de l'acheteur n'est donc pas conditionnel.

6. Continuons à préciser les éléments de la notion du droit éventuel pour arriver à une définition générale.

Lorsque la loi, par l'article 1130, reconnaît des

1. Hue, VII, p. 322 ; Baudry et Barde, *Obligations*, II, p. 2, n° 745.

2. Les jurisconsultes romains appelaient ces dernières du nom de tacites. V. Papinien, Dig. liv. 35, tit. I. l. 99 : *condiciones que tacite inesse videantur*. Cf. Bufnoir, *Conditions*, p. 50 et suivantes ; Aubry et Rau, t. IV, p. 60 ; Demogue, *op. cit.*, I, p. 725 et 726.

droits dont l'objet n'existe pas encore, que décide-t-elle en réalité ? Elle ne fait qu'appliquer un principe plus général, notamment, qu'elle prend en considération, à côté des droits dont tous les éléments nécessaires à leur constitution sont réunis, les droits pour lesquels une partie de ces éléments se sont réalisés seulement ; car, en effet, si elle reconnaît l'existence de droits sans objet, on ne voit pas la raison pour laquelle elle ne reconnaîtrait pas des droits qui, ayant un objet, manqueraient pour le moment d'un autre élément nécessaire à leur perfection (1).

Entre le néant juridique et les droits purs et simples, il y a donc deux zones intermédiaires : celle où le droit ne voit réalisés que certains des éléments nécessaires à sa constitution, c'est la zone des droits éventuels ; celle où le droit, parfait quant à sa constitution, dépend d'un événement extérieur, c'est la zone des droits conditionnels. Donc les droits éven-

1. Toutes les conclusions qui font la matière de ce chapitre, sont établies en raisonnant sur l'article 1130 du Code civil. Nous tenons pourtant à dire, dès à présent, que l'article 1130 ne sert de fondement à la théorie des droits éventuels qu'*exempli gratia*. Il y a bien d'autres articles du Code qui ont trait à notre matière, et, beaucoup de conséquences tirées ici par raisonnement de l'article 1130 sont consacrées par un texte exprès ; si, pourtant, nous ne greffons la notion du droit éventuel que sur l'article 1130 principalement, c'est qu'ici nous nous bornons à esquisser la théorie que nous développerons plus loin avec détail, et nous avons cru que plus cette introduction serait simplifiée, plus cela serait préférable.

tuels comme les droits conditionnels sont destinés à se transformer un jour en droits purs et simples, sans que, pour cela, ils aient à passer nécessairement d'une façon successive par les deux zones : le droit éventuel peut, le jour où tous les éléments de sa perfection sont réunis, se transformer directement en droit pur et simple, comme il peut, une fois parfait, dépendre encore d'une condition.

7. Nous avons vu par quoi les droits éventuels se séparent des droits conditionnels (1) ; une seconde question se pose : par quoi se séparent-ils de l'expectative, ou, en d'autres termes, dans la phase de naissance d'un droit, quand y a-t-il droit éventuel, quand n'y a-t-il rien du tout ; suffit-il que n'importe quel élément du droit pur et simple se réalise pour que le droit éventuel naisse, ou faut-il, pour que cela soit, que tel ou tels éléments soient réalisés ; et, dans ce cas, lesquels ? Pour répondre à cette question, il faut partir de cette observation générale : aux yeux de la loi, tous les éléments nécessaires à la perfection d'un droit n'ont pas une valeur égale ; en prenant en considération la vente d'une chose à ve-

1. En dehors de la différence signalée et consistant en ce que la condition doit être un fait externe au droit, tandis que l'éventualité est un élément essentiel du droit, notons encore que la condition suspend la naissance du droit, tandis que l'éventualité ne suspend que son exécution, sa mise en œuvre, et que la condition est, par définition, un événement incertain, tandis que l'éventualité, étant l'œuvre de la volonté des parties, est de réalisation presque certaine.

nir, par exemple, la loi met en évidence qu'à ses yeux le consentement des parties est un élément plus important que l'objet du contrat ; car il suffit que le consentement existe pour que la loi prenne en considération le contrat, même s'il manque d'objet, et, d'autre part, il est sûr que si l'objet existait seul, sans le consentement, il y aurait néant complet. L'article 1130 nous fournit donc deux indices : *a)* il suffit que certains éléments du droit existent pour que la loi s'intéresse à la situation créée ; *b)* mais il faut pour cela que ce soient les éléments capitaux du droit, sans lesquels on ne puisse concevoir le droit ; et une conclusion : toutes les fois que l'élément capital (1) du droit pur et simple se trouve réalisé, et jusqu'au moment où tous les éléments du droit pur et simple sont nés, il n'y a pas de néant juridique, il y a une situation, un droit que nous appelons éventuel.

8. Et, alors, tout le problème est là : quel est l'élément capital dans la naissance d'un droit ? S'il n'y avait qu'une espèce de droit, il n'y aurait qu'une seule réponse à notre question ; mais, comme il y a plusieurs espèces de droits, selon leurs sources, il faudra distinguer pour répondre.

1. Nous parlons ici d'un élément au lieu de plusieurs, car une des faces de la question à discuter est notamment de savoir si deux ou plusieurs éléments d'un droit peuvent être capitaux en même temps, ou si un seul entre tous a ce caractère et, par conséquent, suffit pour que le droit éventuel prenne naissance.

Nous savons que les droits naissent, soit d'un accord de volonté, soit de la loi ; en effet les obligations quasi-contractuelles, délictuelles et quasi-délictuelles sont, dans la doctrine la plus récente, considérées comme de simples obligations légales, ce qui est d'ailleurs la réalité. Nous savons, d'autre part, que l'effet de la convention ou de la loi est de créer des droits tant réels que personnels. Une distinction entre les droits de sources conventionnelle et légale englobera donc toutes les hypothèses possibles.

9. La première question à résoudre est donc celle de savoir : quel est l'élément capital dans la création d'un droit conventionnel ?

L'article 1108 exige pour la naissance d'une obligation contractuelle la réunion de quatre éléments : le consentement, l'objet, la cause et la capacité des parties. Ce serait une erreur de croire que tous ces éléments ont une valeur égale : l'article 1130 a même donné d'une façon expresse la prépondérance de l'un de ces éléments, le consentement, sur l'autre l'objet. En reconnaissant le droit de l'acheteur, même en l'absence d'un objet, l'article 1130 a entendu que ce consentement est l'élément capital du droit, sans lequel ce droit n'existe pas, et que l'objet est une simple condition de mise en œuvre, d'exécution du droit. Et, alors, toute la question est de savoir si, comme l'objet, la cause ou la capacité des parties ne sont pas de simples conditions d'exécution du droit.

10. Quant à la cause, cela va sans dire. Dans les contrats unilatéraux la cause et l'objet se confondent : dire, pour eux, que l'objet est une simple condition de mise en œuvre du droit, c'est le dire pour la cause aussi. Dans les contrats synallagmatiques, l'une des obligations servant de cause à l'autre, et l'obligation du vendeur ne pouvant être exécutée sans objet, celle de l'acheteur ne le sera pas non plus : la cause est donc ici, comme dans les contrats unilatéraux, une condition d'exécution. D'ailleurs, la cause, qu'on la conçoive comme dans la théorie classique, ou, à l'instar de la jurisprudence, comme un motif déterminant et légitime de contracter, est un élément qui naît une fois le consentement donné ; car les motifs d'agir naissent toujours après la décision exprimée : or, comme on ne donne son consentement qu'en vue de tel fait, qui est la cause, on peut dire de cette dernière qu'elle est la condition d'exécution du consentement. Enfin, on conçoit parfaitement un consentement conditionné d'une cause à venir : le consentement existe, mais ne sera exécuté que plus tard.

11. Quant à la capacité, il en est de même que pour la cause ou pour l'objet. Je traite avec un mineur non autorisé, l'acte émane d'un incapable ; n'ai-je rien fait ? Non, il y a consentement, et l'acte aura une certaine consistance : le mineur pourra le ratifier à sa majorité, ou même me poursuivre immédiatement sans que je puisse lui opposer son

incapacité; une seule conséquence est impossible pour le moment; je ne pourrai pas faire exécuter au mineur son obligation. La capacité, pourvu qu'il y ait, en fait, consentement sérieux, apparaît donc comme une condition d'exécution de l'acte.

12. Une première conclusion donc : dès qu'il y a consentement, en matière de droits contractuels, il n'y a plus néant juridique, il y a droit éventuel qui, une fois les autres éléments nécessaires à sa perfection réalisés, se transformera en droit pur et simple.

13. En dehors des droits purement conventionnels, c'est-à-dire de ceux qui, pour être purs et simples, n'exigent que la réunion des conditions stipulées par l'article 1108 du Code civil, il y a des droits de source conventionnelle toujours, mais qui, pour avoir force juridique, doivent, en dehors des éléments exigés par l'article 1108, être accompagnés d'une certaine solennité : par exemple le contrat de donation, d'hypothèque, etc. Peut-on dire, pour cette seconde espèce de droits conventionnels, que l'élément capital est l'accord des parties et que la solennité est une condition de mise en œuvre seulement, qu'il peut donc y avoir des droits soumis à l'éventualité d'une solennité ? Nous ne le pensons pas ; et la raison que nous donnons est que, si, en droit romain, la solennité avait pour but de perpétuer le souvenir de l'acte accompli, en droit moderne, la solennité est un moyen d'assurer la liberté et l'éclaircissement du

consentement : partant, elle ne saurait être séparée de ce dernier.

14. Rapprochons des droits conventionnels, ceux qui naissent d'une volonté unique (1), et qui, sans être conventionnels, ne sont pas plus légaux, car ils sont volontaires ; par exemple : les droits des légataires en vertu d'un testament, les droits du créancier d'une promesse de vendre ou d'acheter.

Quel sera ici l'élément capital du droit ? Un oncle teste en faveur de son neveu ; l'oncle meurt et le neveu n'a pas encore accepté le legs à lui fait : la volonté du testateur existe, et c'est elle qui doit exister pour que l'acceptation du neveu produise un droit pur et simple ; tant que cette acceptation n'est

1. Précisons le sens que nous donnons ici à l'expression volonté unique. Ce n'est pas de la volonté unilatérale, de la théorie allemande de l'obligation naissant sans consentement, mais par la volonté du débiteur seul, qu'il s'agit : la volonté unique dont nous parlons ici est le résultat d'une convention ou du moins d'un accord de volonté. Dans les promesses de vente par exemple, il y a d'abord une convention par laquelle le vendeur fait une offre à l'acheteur pour le cas où ce dernier voudrait en user, et l'acheteur accepte cette offre avec ce caractère ; mais cette convention est destinée à servir de support à un contrat de vente, pour le cas où l'acheteur accepterait l'offre à lui faite ; et, alors, remarquons que tous les éléments du contrat de vente que les parties poursuivent existent déjà, sauf un : le consentement de l'acheteur. La loi en permettant les promesses de vente a donc assuré l'efficacité de droits soumis à l'éventualité d'un consentement. Dans le testament, nous avons encore une volonté unique efficace ; car elle persiste, par elle-même, jusqu'au jour où le légataire a donné son adhésion à l'offre de donner du testateur.

pas intervenue, comme il y a l'élément capital, la volonté du défunt, il y a déjà droit soumis à l'éventualité de l'acceptation du légataire ; en effet, ici, la volonté du testateur joue le rôle du consentement dans les hypothèses de l'article 1130. Raisonillons maintenant sur l'hypothèse d'une promesse unilatérale de vente : « je vous vends si vous voulez ». Il n'y a pas contrat de vente, du moment qu'il n'y a pas consentement ; ce n'est pourtant pas d'une simple pollicitation qu'il s'agit, car, dès à présent, les conditions du contrat à venir ont été discutées par les parties et il ne faut plus, pour que le contrat de vente soit parfait, que le consentement de l'acheteur ; la loi permettant des promesses unilatérales de vente, nous pouvons dire que jusqu'au moment où la volonté de l'acheteur viendra se joindre à celle du vendeur, et dès que cette volonté existera indiscutablement, il y aura déjà droit éventuel. Conclusion : à côté des droits conventionnels où le consentement est l'élément capital, il y a des cas où la loi reconnaît la force d'une volonté unique, avant qu'il n'y ait accord de volonté ; dans ces cas, nous dirons qu'il y a droit éventuel dès que la volonté, prise en considération par la loi, existe ; et cette seconde catégorie de droits éventuels sera soumise à l'éventualité d'un consentement.

15. Disons donc, pour répondre à la première question posée, que l'élément capital du droit pur et simple, de source conventionnelle, qui doit exis-

ter pour qu'il y ait droit éventuel, et non plus néant ou simple expectative, est la *volonté* — unilatérale ou bilatérale, suivant les cas.

16. La seconde question qui se pose maintenant est celle de savoir quel est l'élément capital dans les droits de source légale. Ici, encore, il faut distinguer suivant les différentes hypothèses ; car, sous le nom d'obligations légales, on groupe un grand nombre d'éléments hétérogènes.

17. Il y a une première catégorie d'obligations légales très importante, mais qui doit sortir du cadre de notre étude : les obligations familiales, correspondant aux droits de famille ; par exemple : le droit de puissance paternelle et maritale et les obligations qui en découlent, la charge de tutelle, etc. La raison, pour laquelle il ne peut y avoir droit éventuel en cette matière, est que la notion de ce droit suppose un jeu de volonté. Les parties, qui auraient pu faire naître un droit pur et simple, ont préféré créer successivement les éléments constitutifs de ce droit : le mineur, qui aurait pu attendre l'autorisation du tuteur, a préféré donner d'abord son consentement et obtenir ensuite l'habilitation ; le testateur a préféré, à une offre de donner immédiatement, une offre de donner après sa mort. Or, c'est un principe connu, que les droits de famille ne peuvent faire l'objet d'une transaction, qu'ils existent en dehors de la volonté des parties, là où la loi le veut, donc sous la simple condition, suffisante mais nécessaire,

de son vouloir. S'il n'y a pas réunion de toutes les conditions requises par la loi, il n'y a rien du tout : donc pas de possibilité pour les parties de créer ici des droits éventuels. Et, en règle générale, il faut se rendre compte, de ce que la théorie des droits éventuels trouve son principal fondement dans l'autonomie de la volonté, et dans les articles qui ont trait aux droits patrimoniaux.

18. Dans le domaine patrimonial, les droits ayant une source légale, sont ceux qui résultent de la succession *ab intestat*, des délits et quasi-délits ; et, remarquons, quoique non volontaires, ces droits dépendent indirectement de la volonté : c'est ce qui explique pour eux la possibilité de l'éventualité. Ainsi, la succession *ab intestat* repose sur la volonté présumée du défunt ; ce dernier savait ce qu'il adviendrait de ses biens après sa mort, s'il ne faisait pas de testament ; en n'en faisant pas, il a *réellement* voulu les conséquences légales. Dans les délits, vous ne voulez pas la conséquence juridique ; mais vous avez voulu le fait dommageable et même vous l'avez voulu avec intention de nuire ; dans les quasi-délits, vous n'avez voulu ni la réparation ni le dommage ; mais vous avez voulu, en lui-même, le fait générateur d'obligation.

19. Prenons la succession *ab intestat* : vous êtes fils d'un tel, il suffit qu'il meurt pour que vous soyez investi *de plano* de la propriété de tous ses biens ; mais, dès avant sa mort, comme réservataire, vous

avez l'élément essentiel du droit pur et simple de demain, vous avez un droit éventuel. Mais, si vous n'êtes pas héritier réservataire ; s'il s'agit d'un neveu qui doit hériter d'un oncle ? Comme le droit du neveu ne prendra naissance que sous deux conditions : la mort et l'absence d'un testament, il semble que, du vivant de son oncle, il n'a autre chose qu'une simple expectative, à moins que l'on ne considère que la possibilité de révoquer, par un testament, la vocation successorale du neveu n'atténue nullement la force de cette dernière, comme la possibilité de révoquer la donation faite à son conjoint ne diminue pas le droit de ce dernier sur la chose donnée. Il est évident que ces raisonnements sont indépendants de la consistance du patrimoine du *de cujus* ; car l'actif n'est qu'une condition de réalisation du droit, pas une condition nécessaire à son existence.

20. Prenons les délits et quasi-délits : s'il y a faute et dommage, il y a, au profit du lésé, droit pur et simple tendant à réparer le préjudice causé ; s'il y a faute, et que le dommage n'existe pas encore, mais qu'il est probable, nous disons qu'il y a droit éventuel. Exemples : on me cause un accident de bicyclette et je ne sais, pour le moment, s'il y a ou non lésion interne : j'ai un droit éventuel contre la personne en faute ; — un notaire a omis d'inscrire un titre hypothécaire à lui confié ; il y a faute, mais il n'y aura dommage que si, au jour de l'ordre, il est prouvé que je serais venu en rang utile s'il avait

fait l'inscription : jusqu'alors il y a droit éventuel.

21. Une observation avant de tirer une conclusion : les pactes sur successions futures étant prohibés par les articles 791 et 1130, les droits éventuels provenant des successions sont sans intérêt ; or, pour plus de simplicité, disons ici qu'il n'y a pas de droits éventuels résultant des successions ; il reste comme droits éventuels de source légale les droits résultant des délits et quasi-délits ; ici l'élément capital est *une faute*, le manquement à une obligation préexistante, et l'éventualité un dommage.

22. Nous arrivons de la sorte à saisir la notion du droit éventuel, et à le définir en disant : dès que l'élément capital — volonté unilatérale et bilatérale ou manquement à une obligation préexistante — d'un droit pur et simple existe, il n'y a plus expectative, mais droit reconnu par la loi, et que l'on est convenu d'appeler *éventuel* (1).

1. Il ne faut pas cacher que l'expression « droit éventuel » est de pure convention et qu'on l'a employé jusqu'ici un peu partout sans qu'on lui ait reconnu un contenu rigoureusement invariable. Ainsi, souvent, on s'est contenté d'une simple possibilité d'un droit à venir pour parler déjà de droit éventuel, sans chercher à voir si, dans l'espèce, il y avait déjà l'élément capital du droit pur et simple : on a de la sorte décoré de simples expectatives du nom de droits éventuels. D'autre part, il y a des auteurs qui ne reconnaissent des droits que là où il y a droit pur et simple et qui emploient l'expression *fait juridique* ou *fait juridique conditionnel* pour désigner ce que nous appelons droits éventuels. On cite, ainsi, comme exemple de faits juridiques conditionnels, la créance alimentaire que le fils a contre le père sous la con-

*
* *

23. Ce sont ces droits incomplets, imparfaits, cette première phase de la naissance du droit pur et simple, que nous proposons d'étudier dans ce travail. Rechercher les hypothèses où il y a droit éventuel,

dition suspensive de la misère, le droit de l'héritier réservataire à son action en réduction tant que son père vit. Ici, dit-on, quoiqu'il y ait plus que le néant juridique, il ne peut être question de droits conditionnels, car le fait qu'on veut ériger en condition est un des éléments constitutifs du droit : ici, on est en présence d'un fait juridique conditionnel ! Au fond, tout le monde est d'accord sur l'essentiel : il faut donner la protection judiciaire, il faut attacher des effets de droits, à de nombreuses situations où il n'y a pas encore droit pur et simple, et où il ne peut non plus être question de condition.

Or, on ne peut employer, selon nous, une expression plus heureuse dans la matière que celle de droit éventuel, sous la réserve, bien entendu, d'une analyse sérieuse de l'application qu'on en fera : on doit soigneusement écarter du contenu de cette expression l'idée d'expectative et celle de droit conditionnel. Il y a droit éventuel quand il y a quelque chose de plus que l'expectative, quand l'un ou plusieurs éléments d'un droit pur et simple se sont déjà réalisés, mais quand il ne peut encore être question de droit conditionnel. Ce dernier suppose, en effet, un droit *complet* et dépendant d'un événement externe au droit. Sous cette réserve, nous croyons l'expression droit éventuel la mieux venue pour une double raison. D'abord, elle est consacrée par l'usage : les auteurs, la loi elle-même, parlent de droits éventuels. Ensuite parce qu'elle contient le mot *droit*.

Et alors, à la question de savoir si les droits éventuels sont des droits dans l'acception juridique du mot, nous répondrons affirmativement. En effet, qu'est-ce qu'un droit, sinon un intérêt juridiquement protégé ? Or, les intérêts peuvent être protégés de façon plus ou moins complète. Quand

déterminer les droits du créancier éventuel, le mode de transmission ou d'extinction de ses droits : voilà la série de questions qui fera l'objet de la théorie générale que nous proposons d'élaborer.

24. Un tel travail présente à nos yeux une double importance. D'abord, il met en relief un principe qui, pour ancien qu'il soit, n'est pas assez *senti* par les hommes de loi modernes : possibilité d'une réalisation successive des éléments d'un acte juridique, alors que la conscience générale croit encore à la nécessité d'une réalisation simultanée de ces éléments ; et, par là, il arrive à dégager une construc-

un intérêt trouve complète satisfaction dans les dispositions de la loi, on dit qu'il y a droit actuel, pur et simple. Mais, *pour peu qu'un intérêt soit juridiquement protégé, il devient un droit*, fût-il partiel, mais un droit. Aussi trouvons-nous peu scientifique l'expression « fait juridique » pour désigner un ensemble de circonstances auxquelles la loi attache un effet de droit. La loi ne saurait attacher un effet de droit qu'à un droit. Seulement ce droit peut être plus ou moins complet. Ainsi, à côté des droits purs et simples, il y a des droits conditionnels. Qu'est-ce à dire, sinon qu'un intérêt, qui n'est pas encore actuel, a été considéré assez puissant pour qu'on lui accorde une certaine protection, pour qu'on l'érige, dans une certaine mesure, en droit. De même s'il y a nombre de situations, distinctes quoique voisines de la condition, et qui sollicitent une protection que tout le monde est d'accord à leur reconnaître, c'est encore de la création de véritables droits qu'il s'agit. Aussi, en remarquant que le qualificatif spécial d'éventuel est le mieux destiné à déterminer la nouvelle zone d'intérêts à laquelle on va accorder la protection judiciaire, disons que le mot droit dans l'expression « droit éventuel » correspond à une réalité.

tion juridique théorique donnant admirablement satisfaction aux besoins de la pratique. Ensuite, en greffant sur des articles du Code civil une théorie qui certainement n'a pas été entrevue par les jurisconsultes du Consulat, il donne une application concrète de ce que doit être l'interprétation scientifique des lois.

I.

25. C'est un principe bien connu, et dont l'origine romaine a été souvent mise en lumière, que celui de *l'unité du temps* : les conditions requises par la loi pour la validité d'un acte juridique doivent se trouver réunies à un seul moment, sinon l'acte ne peut prendre naissance. Il est vrai que, sous l'impulsion des besoins de la vie sociale moderne, on dit habituellement que le droit actuel a rompu avec cette règle archaïque, bonne pour la société romaine seulement. Pourtant, quand il ne s'agit plus de poser un principe abstrait, mais au contraire d'en tirer de logiques applications pratiques, on est tout étonné de voir que l'esprit qui anime les interprètes est encore celui du vieux droit romain, et que l'on sent beaucoup de peine à s'en débarrasser. Ainsi, l'on connaît l'opinion qui a triomphé dans la controverse classique si l'autorisation maritale peut encore intervenir utilement, une fois l'acte accompli par la femme : ce fut celle qui déclara inopérante, pour la

femme, l'intervention tardive du mari ; dans la matière des stipulations pour autrui, on connaît la raison pour laquelle la jurisprudence ne consent pas à valider les stipulations au profit de personnes futures : il faut que le bénéficiaire de la stipulation existe au moment même où cette dernière est faite, sinon le droit issu de cette stipulation n'a pas de titulaire ; enfin, on sait combien d'esprits seraient tentés d'interdire aux tuteurs, par exemple, toute habilitation postérieure des actes passés par le mineur seul, ou aux conseils de famille et tribunaux d'autoriser le tuteur une fois l'acte passé. Pourquoi cette tendance dans un droit à maintes reprises déclaré exempt de tout formalisme ? Exciperait-on de l'intérêt pratique, qui ne saurait se concilier avec une réalisation successive des éléments d'un acte juridique ? Nullement ; d'ailleurs, ainsi que nous aurons l'occasion de le montrer au cours de ce travail, l'intérêt pratique exige tout au contraire la liberté de construire un acte juridique par petits bouts. Ce qu'il y a, au fond de tout cela, c'est, qu'on veuille ou non l'affirmer, la force inconsciente de la tradition romaine la plus pure, celle dont le droit romain lui-même s'est sensiblement départi.

Et alors, travailler à débarrasser l'esprit d'un ascendant atavique, peu propice aux besoins d'une société nouvelle, nous semble utile, nécessaire même ; et les moyens employés pour arriver à cette fin ne sauront, par contre-coup, qu'augmenter en

importance. Or la théorie des droits éventuels, toute construite sur la *succession possible* des éléments d'un acte juridique dans la formation de ce dernier, sur l'exclusion de la *simultanéité nécessaire* de ces éléments, est toute indiquée pour obtenir par elle la dispersion de l'influence romaine en matière de formation d'actes juridiques ; par là, le principe nouveau sera mieux perçu et l'intérêt pratique moins sacrifié.

26. Pour exemplifier dès maintenant la vérité de cette allégation, disons que ce droit romain, dont on sent encore aujourd'hui le poids, avait lui-même écarté peu à peu le principe fondamental de l'unité du temps et, pour satisfaire aux besoins de la pratique, avait permis la réalisation successive des éléments d'un acte juridique ; de la sorte, la notion du droit éventuel, qui trouve aujourd'hui un certain obstacle dans un principe d'origine romaine, était connue par le droit romain même, où, s'il n'y avait pas le mot, il y avait au moins la chose.

Examinons brièvement ce problème de droit romain et, par là, cherchons à atteindre ce double résultat : d'une part, écarter, une fois pour toutes, le principe de l'unité du temps, que nous rencontrerons invoqué souvent dans ce travail, en démontrant que le droit romain l'avait lui-même fréquemment écarté ; d'autre part, en faisant en quelque sorte l'historique de la notion des droits éventuels, démontrer l'inté-

rêt pratique qui se cache sous les spéculations abstraites que nous entreprenons.

Conséquemment, commençons par déterminer en quoi consistait le principe ancien de l'unité de l'action, en recherchant ensuite les modifications qu'on y a apportées.

27. De même qu'en matière de procédure la litis-contestation concentre tout le débat, le moment de la conclusion d'un acte juridique est celui où se concentrent les conditions légales de l'acte, et auquel il faut se rapporter pour en apprécier les effets. Il résulte de là, que tout acte juridique veut une action unique, une action qui ne soit pas suspendue ou divisée. Si cette règle n'a pas besoin d'être indiquée pour les contrats qui n'exigent qu'une action momentanée de la part d'une personne, elle doit, au contraire, résulter d'une disposition expresse lorsqu'il s'agit d'actes juridiques qui exigent, pour se parfaire, un temps plus long ou l'action de plusieurs personnes. Cette règle est indiquée par les textes, seulement pour le testament (1), la stipulation (2) et la *tutoris auctoritas* (3); nulle doute pourtant qu'elle ne fût générale (4). Or, l'unité de l'action supposant l'unité de *temps* et de *lieu*, l'extension géographique

1. Dig. 28, t. I, l. 21, § 3 qui test: *uno contextu actus*.

2. Dig. 45, t. I, l. 137, pr. de verb. obl.: *continuuus actus*.

3. Inst. I, 21, § 2 de auct. tut.: *statim in ipso negotio*.

4. Ihering. *L'Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. IV, 3^e édition, p. 149.

des relations juridiques n'a pu se concilier avec ce principe. « Sur son territoire étroit, la Rome ancienne avait pu établir et appliquer un principe dont la Rome postérieure a dû s'écarter. L'acte juridique ancien était avec le territoire de l'État ancien dans la plus étroite relation. A mesure que l'État s'aggrandit, l'acte juridique dut s'élargir avec lui. Le commerce ne tenait plus compte des distances, l'acte juridique dut se débarrasser de l'entrave du lieu. Mais les âges avaient consolidé la forme des actes traditionnels du droit civil, et, trop raidis déjà, ils ne purent transformer, comme il aurait fallu, toute leur antique architecture » (1). La règle ancienne ne fut donc modifiée qu'à deux points de vue (en ce qui concerne les actes de droit civil; car *le jus gentium* avait assoupli ces règles, suivant les besoins du commerce, dans une mesure bien plus large): à celui de l'unité de l'action proprement dite et à celui de la réalisation successive des conditions légales.

28. Au point de vue de l'unité d'action proprement dite, remarquons que les textes nous révèlent les modifications suivantes. Lorsque plusieurs copropriétaires veulent acquérir ou établir une servitude prédiale, il faut, d'après le droit ancien, qu'ils agissent ensemble par un seul acte: le droit nouveau leur permet d'agir isolément (2). D'après le droit

1. Ihering, *op. cit.*, p. 150

2. Dig. 8, t. III, l. 11 de serv. pr. rust; Dig. 8, t. IV, l. 18 Comm. praed.

nouveau, plusieurs légataires, qui ont à exercer en commun un droit de choisir, peuvent chacun, de leur côté, exercer leur option (1), ce que le droit ancien n'a pu admettre. Le droit prétorien permet aux *obsignatores* d'apposer isolément leurs sceaux, acte dont il fait dépendre la *bonorum possessio secundum tabulas* (2), tandis que le droit ancien voulait que les témoins fonctionnent en même temps. Le tuteur d'un impubère doit donner son *auctoritas* au moment même où le mineur accomplit l'acte, tandis que le *consensus curatoris*, création du droit nouveau, peut aussi intervenir après la conclusion de l'acte. Ensuite, selon *Ihering* (3), la validité progressive des additions, faites à un acte juridique (*pacta adjecta*), serait encore une modification apportée au principe de l'unité d'action. Enfin, le droit ancien rompait seul avec l'unité de l'action quant à l'émancipation et à l'adoption, qui exigeaient plusieurs mancipations successives pour se parfaire.

29. Au point de vue des conditions légales, concernant soit la capacité personnelle de celui qui agit, soit l'objet et le contenu de l'acte, soit le but de ce dernier, des conditions donc qui viennent s'ajouter à l'acte proprement dit, remarquons que le droit ancien

1. Dig. 33, t. V, l. 8, § 2, de opt. leg.

2. *Ihering. op. cit.*, p. 151, note 214, où il est tiré argument du D. 2, 10. Inst. de test, § 3, et du texte de Pline, *Epist.* II, 20, § 10.

3. *Op. cit.*, p. 152 et suiv.

exigeait qu'elles fussent réunies au moment même de l'action. Deux règles le dominaient : l'une *positive*, en vertu de laquelle la validité de l'acte dépend du moment où il se conclut (1) ; l'autre *négative*, portant que l'acte nul, dès le principe, ne peut devenir valable par suite d'événements postérieurs (2).

De ces deux principes, le droit ancien déduisit des conséquences importantes dans la théorie de l'acte juridique. D'abord, au point de vue de la liberté des conventions : *a*) on ne peut transférer à autrui ce que l'on n'a pas soi-même (3) ; *b*) on ne peut renoncer à ce que l'on n'a pas (4) ; *c*) nul ne peut accepter ce qui ne lui est pas offert (5) ; *d*) on ne peut faire un contrat que l'avenir seul rendra possible.

De même, au point de vue de la capacité, le droit ancien la requérait au moment de la conclusion de

1. Dig. 45, t. III, l. 26 de stip. serv. : *ex præsenti vires accepit* ; Dig. 45, t. I, l. 78 pr. de verb. obl. : *id tempus spectatur quo contrahimus*.

2. Dig. 50, t. XVII, l. 210, de reg. jur. : *ex post facto convalescere non potest*.

3. Dig. 1, t. XVI, l. 4, § 6 de off. proc. ; c'est en partant de ce principe que le droit romain ancien exigeait, pour le legs *per vendicationem* ou l'affranchissement, que la propriété de la chose ou de l'esclave appartienne, au moment de la conclusion même de l'acte, au testateur ou *dominus*.

4. Dig. 50, t. XVII, l. 174, § 1, de reg. jur. , *quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest*.

5. Le droit ancien n'admettait pas plus l'acceptation d'une succession non ouverte que sa répudiation.

l'acte, en prohibant les habilitations anticipées ou confirmatives (1).

30. Le droit nouveau modifia dans une large mesure ces règles restrictives. Ainsi, au point de vue de la liberté des conventions, on arriva à permettre et à valider la cession de créance à terme (2), la cession de créance conditionnelle (3), l'hypothèque de choses futures, la novation (4), délégation (5), acceptation (6) d'une dette conditionnelle, le cautionnement d'une dette future (7), le legs « autant que le légataire peut recevoir selon les lois » (8), l'obligation « autant que le jugement allouera, autant qu'une personne devra » (9), la promesse de l'*adrogator* de restituer la succession de l'*adrogé*, au cas où ce der-

1. Ainsi, dans un testament, la capacité ne doit pas seulement exister, au moment de la confection, dans la personne du testateur ou témoins, mais encore dans la personne des gratifiés (V. Dig. 28, t. I, l. 2, qui test : *ejus temporis, quo testamentum facit*) ; et une conséquence de cette manière de voir fut l'impossibilité d'instituer légataires les *postumi*, en droit ancien.

2. Dig. 17, t. I, l. 43 mand.

3. Dig. 35, t. II, l. 73, § 1, ad. leg. Falc.

4. Dig. 46, t. II, l. 8, § 1, de novat.

5. Dig. 46, t. II, l. 8, § 2, de novat.

6. Dig. 46, t. IV, l. 12, de accept.

7. Pour la forme *fidejussio* : Dig. 46, t. I, l. 6, § 2, de *fidej* ; Inst. III, 20, de *fidejuss*, § 3. Pour le cautionnement par constitut : Dig. 13, t. V, l. 19, pr. de pec. const.

8. Dig. 31, t. II de leg., l. 51, pr.

9. Dig. 46, t. VII, jud. solv., l. 9 ; Dig. 45, t. I, l. 89 de verb. obl.

nier mourrait impubère, à ceux qui lui auraient succédé si l'adrogation n'avait pas eu lieu (1), l'addition d'hérédité avant que l'intéressé ne fût appelé (*l'agnitio intra alienam vicem*, dans la *Bonorum Possessio*).

Au point de vue de la capacité, les modifications furent moins importantes. Citons comme hypothèse où la capacité peut se réaliser valablement une fois l'acte accompli, la possibilité d'instituer, en droit nouveau, des *postumi* et des incapables pour le cas où ils deviendraient capables (2).

31. Rapprochons des exemples donnés, la théorie, créée à l'époque classique, sur la *propriété en suspens* et qui est, dans le domaine des droits réels, l'équivalent des modifications au principe de la simultanéité des actes juridiques signalés pour le droit de créance. Comme le dit M. Cuq (3), le droit romain classique admet que la question de savoir qui est propriétaire peut dépendre d'un événement fortuit qui n'est ni un terme ni une condition. Ainsi, en suivant Julien, qui, à son tour, avait adopté la théorie de son maître Javolenus (4), les jurisconsultes

1. On connaît le procédé employé par les jurisconsultes romains pour arriver à protéger les intérêts futurs : on faisait stipuler, pour les ayants droit futurs, un *servus publicus*.

2. Dig. 28, t. V, l. 62, pr. de her. inst. ; Dig. 31, t. II, l. 51, pr. de leg.

3. Cuq. *Les Institutions juridiques des Romains*, t. II, p. 200 et 201.

4. Javolenus l'avait appliqué à la délégation *dotis causa*. Dig. 23, t. III, l. 80.

romains avaient admis que la propriété restait en suspens : *a)* au cas d'un objet légué *per vendicationem*, pendant l'intervalle compris entre l'addition et le moment où le légataire prend parti (1) ; *b)* au cas d'un troupeau grevé d'un usufruit jusqu'à l'époque où l'usufruitier remplace les animaux qui ont péri (2) ; *c)* au cas de l'esclave acheté, par un *servus fructuarius*, jusqu'à ce qu'on sache si le prix est payé ou non sur le pécule constitué par l'usufruitier (3). Dans tous ces cas, on ignore quel sera le titulaire du droit de propriété : sera-ce le légataire ou l'héritier, le nu-propriétaire ou l'usufruitier ? Jusqu'au jour où l'incertitude cessera, par le fait, pour le légataire, de prendre parti, pour l'usufruitier, de remplacer les animaux périés, ou de fournir le prix d'achat, il y aura eu droit de propriété auquel il aura manqué le titulaire, même droit de propriété qui, pour être pur et simple, doit voir se réaliser un de ses éléments constitutifs (4).

32. On peut donc dire que « le droit romain nouveau a largement admis l'application de l'acte juri-

1. Dig. 30, t. II, l. 86.

2. Dig. 7, t. I, l. 70, pr.

3. Gaius, Dig. 41, t. I, l. 33, § 2.

4. Nous verrons plus loin quelles difficultés soulève cette conception de propriété sans titulaire en droit moderne, notamment en matière de fondations directes et stipulations pour autrui.

dique à des personnes et à des rapports indéterminés » (1).

Il est vrai qu'une grande partie des changements opérés ont été dûs à la construction de la modalité « condition » et à l'assouplissement de la technique ancienne des *actas legitimi*, qui ne comportaient ni terme ni condition, en rendant possible l'insertion, dans ces actes, des modalités créées. Mais, à bien observer les choses, on remarque que : d'une part, les jurisconsultes romains étaient arrivés à distinguer la condition proprement dite de l'éventualité (2) en appelant « conditions tacites » les éléments constitutifs de l'acte qui suspendaient la naissance de ce dernier jusqu'à leur réalisation ; d'autre part, les textes précités révèlent la validité des contrats soumis à une « condition tacite » ou éventualité : en effet, n'est-ce pas là le cas de l'hypothèque sur choses futures, du cautionnement pour dettes futures, de l'obligation sans créancier déterminé, etc., etc ? Enfin, la théorie de la propriété en suspens est une nouvelle preuve à l'appui de ces allégations ! Et alors, la théorie du droit éventuel étant admise en principe en droit romain (3), le principe de l'unité du temps,

1. Ihering. *op. cit.*, p. 161.

2. Texte de Papinien cité ci-dessus, p. 4.

3. Nous disons « en principe », car nous n'avons pas à déterminer ici toutes les hypothèses où les jurisconsultes romains ont appliqué l'idée de droit éventuel, ces quelques développements de droit romain trouvant ici leur raison d'être plutôt dans le but qu'ils poursuivent : rehausser l'im-

de la réalisation simultanée des éléments d'un acte juridique, étant largement mis de côté, le droit moderne ne peut raisonnablement que développer la tendance du droit romain nouveau ; c'est ce qui résultera surtout de l'examen des motifs pour lesquels les Romains se départirent de la rigueur des principes primitifs.

33. Pourquoi le droit romain écarta-t-il le principe de la simultanéité des actes juridiques ? *Parce que l'intérêt pratique l'exigea !* La personne qui, pour trouver une somme nécessaire, avait besoin d'une caution, était bien plus avantagée en trouvant d'abord une caution, et en cherchant ensuite un prêteur, que de commencer inversement, le créancier pouvant légitimement douter que son emprunteur trouve une caution et, par là, étant tenté de refuser l'affaire ; le débiteur, qui avait la chance de trouver un créancier se contentant d'une sûreté consentie sur un bien qui lui adviendra plus tard seulement, avait tout intérêt à pouvoir consentir une hypothèque sur chose future ; l'esclave légué *per vendicationem* pouvait, grâce à la théorie de la propriété en suspens, acquérir entre vifs ou par testament au profit d'un maître que l'avenir seul déterminait. En effet, une société eût-elle des rapports juridiques simples, encore doit-elle diriger ses besoins vers l'avenir : pouvoir faire un engagement valable dès à présent,

portance de l'étude des droits éventuels, qu'en eux-mêmes.

alors que son exécution n'interviendra utilement que plus tard, c'est assurer la *prévoyance* en matière juridique. Or « assurer à l'homme des formes qui garantissent l'avenir des intérêts qu'il poursuit est une obligation pour la science du droit » (1).

34. Et alors, à une question naturelle, celle de savoir si une étude dans le genre de la nôtre — qui aboutira ou aura tendance d'aboutir à une construction juridique nouvelle, de nature toute spéculative — est un bien, le droit étant peut-être entravé dans sa marche par des spéculations de ce genre, nous répondons : *oui*. Si la conception que nous voulons faire prévaloir est de nature toute théorique, elle a un fondement pratique indiscutable ; elle donne la règle générale suivant laquelle toute une catégorie d'intérêts pratiques seront résolus. Sans elle, sans une vue d'ensemble, un immense nombre de situations pratiques resteraient en dehors de toute protection légale, comme ne pouvant invoquer une disposition législative expresse les visant ; il en est donc de notre construction, comme de toute conception théorique sérieuse : elle doit naître dans le but de donner satisfaction, dans la plus large mesure, aux besoins pratiques.

II

35. Mais si une théorie d'ensemble sur les droits éventuels joue ainsi le rôle d'une réglementation

1. Ihering, *op. cit.*, p. 162.

organisée par voie d'interprétation, à défaut d'une réglementation légale, encore faut-il savoir si les interprètes peuvent, en quelque sorte, « faire la loi » ; car, en définitif, c'est à cela qu'aboutit notre étude.

Il est certain que les rédacteurs du Code civil n'ont eu aucune vue d'ensemble quant aux droits éventuels ; des dispositions éparses et contradictoires, voilà ce qu'ils nous ont donné : alors, c'est la question de la manière d'interpréter les lois qui se pose ici avec toute la netteté voulue.

36. Si l'on considère — encore ! — que le rôle de l'interprète est réellement celui de chercher, la volonté du législateur, de ne voir le droit que dans la loi écrite, de s'abstenir de toute investigation en dehors du Code, et de déplorer simplement le mal — si l'on peut encore voir le mal, avec un esprit cantonné dans un domaine si étroit — au lieu de chercher à l'entraver, par un procès d'assouplissement des textes ; alors, évidemment, on appliquera tels quels, les articles épars sur lesquels nous fondons notre théorie, sans chercher à voir à quelle conception d'ensemble ils répondent.

37. Mais la tendance bien connue des civilistes modernes est autre : c'est celle de considérer le droit comme produit social, en lui-même, indépendamment de la cristallisation, de l'une de ses parties, en formules législatives. *Au delà du Code civil*, voilà leur devise.

Alors, le procès d'interprétation apparaît, non plus comme la recherche d'une volonté, souvent inexistante, mais comme un procès d'adaptation de la loi aux besoins sociaux. Et nous croyons qu'il n'y a rien de moins arbitraire, rien de plus modéré dans l'application de ces idées nouvelles, lorsqu'on veut généraliser une solution, socialement bonne, que de chercher un fondement dans la loi, un texte qui, fut-ce dans un cas particulier, semble favorable à cette solution et qu'il ne reste plus, pour faire aboutir cette dernière, que de le considérer comme une application du principe nouveau, par là même reconnu.

38. Aussi, fidèle à cette direction, demandons-nous quels textes du Code civil ont trait aux droits éventuels : l'article 1130, qui permet de contracter sur les objets futurs, mais qui interdit les pactes sur successions futures, l'article 1599, qui interdit la vente de la chose d'autrui, l'article 1589, qui dit que la promesse de vente vaut vente, l'article 1174, qui annule l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

Voilà toute une liste de permissions et de prohibitions ; qu'observons-nous ? L'article 1130 reconnaissant l'existence de droits sans objet, l'article 1589 reconnaissant des droits soumis à l'éventualité d'un consentement, voilà des applications — inconscientes, si l'on veut, mais qu'importe — de cette idée générale qu'il peut exister aux yeux de la loi des droits, dont tous les éléments constitutifs ne se sont pas encore réalisés :

c'est la notion même du droit éventuel. Ajoutons à cela, qu'en matière d'actes juridiques, il est raisonnable de laisser libre carrière au principe de l'autonomie de la volonté, limitée évidemment par la raison et l'ordre public, que donc, ici, tout ce qui n'est pas interdit est permis. Remarquons encore, que, dans notre matière, il y a des restrictions spéciales, celles des articles 1130 alinéa 2, 1599 et 1174 (preuve du rôle prépondérant de la volonté ; car si les parties n'étaient pas libres dans ce domaine, à quoi bon ces interdictions qui apparaîtraient inutiles), et voilà tout un appareil de prémisses qu'il ne reste plus qu'à développer, pour que la théorie des droits éventuels, telle que nous la concevons et telle que nous l'avons esquissée, se trouve créée.

L'étude que nous entreprenons a donc une portée pratique et un fondement législatif indiscutables.

PREMIÈRE PARTIE

SOURCES DES DROITS ÉVENTUELS

39. Rechercher les sources des droits éventuels, signifie déterminer les hypothèses où ils peuvent prendre naissance. Or, il résulte des explications données jusqu'à présent que les droits éventuels sont légaux ou conventionnels et que ces derniers peuvent être éventuels par rapport à leur objet, au consentement, à la capacité et à la cause. En conséquence, la première partie de cette étude sera divisée en cinq chapitres :

- 1° Droits éventuels quant à leur objet ;
- 2° Droits éventuels quant au consentement ;
- 3° Droits éventuels quant à la capacité des parties ;
- 4° Droits éventuels quant à la cause ;
- 5° Droits éventuels légaux.

CHAPITRE PREMIER

Droits éventuels quant à leur objet

40. D'une façon plus simple, la question à étudier est de déterminer : dans quelle mesure un contrat peut-il porter sur une chose future ?

41. Selon quelles idées directrices allons nous nous guider dans cette partie de notre étude, ou, plutôt, quelle en sera le fondement législatif ? D'abord le principe, bien connu dans le domaine contractuel, de l'autonomie de la volonté ; ensuite la disposition de l'article 1130 « les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation » ; et la disposition de l'alinéa 2 du même article prohibant les pactes sur successions futures ; dans un ordre voisin d'idées, l'article 1599 « la vente de la chose d'autrui est nulle » et une tradition analogue qui annule l'hypothèque sur la chose d'autrui ; enfin l'article 1141 qui préfère, entre deux acquéreurs successifs d'un meuble, celui qui a été mis en possession de l'objet, fût-il postérieur en date.

42. L'on peut concevoir les contrats portant sur

une chose future de deux manières différentes : ou bien la chose est future, par rapport au disposant, en ce sens qu'elle n'existe pas matériellement, ou bien la chose est future en ce sens qu'elle n'existe pas dans le patrimoine du disposant, tout en existant matériellement dans le patrimoine d'autrui ; exemples : je vous vends ma récolte future, je vous vends la maison de mon voisin. Il ne faut pourtant pas conclure de là qu'il y a deux espèces de droits éventuels quant à leur objet, deux espèces de droits étant régies par des règles diverses ; il n'y en a qu'une seule, tous les groupes de droits éventuels, quant à leur objet, pouvant se réduire à un seul, étant tous identiques de nature !

En effet, que pourrait-on dire pour séparer des droits portant sur une chose inexistante matériellement, les droits portant sur la chose d'autrui ? Que, dans le premier cas, ce n'est que l'objet du droit qui manque, que, dans le second, c'est le droit même qui fait défaut au disposant.

Mais serait-ce sérieux ? La propriété, pour qu'elle existe comme droit pur et simple, suppose un objet, et, tant que cet objet n'existe pas, elle n'existe pas non plus comme telle : on n'a pas plus la propriété d'une récolte à venir, que celle de la chose d'autrui. La situation juridique du disposant est la même dans les deux cas ; et si l'on appelle droits éventuels, quant à leur objet, ceux qui supposent réunies toutes les conditions nécessaires à leur existence, sauf une :

l'objet, il n'y a pas de raison pour distinguer *quelles circonstances de fait* rendent pour le moment l'objet inexistant par rapport au disposant.

43. Nous tirons d'ici cette conclusion importante : quoique la loi permette les contrats sur objets futurs, tout en annulant la vente de la chose d'autrui, on ne peut dire que, d'une façon générale, les contrats sur la chose d'autrui sont nuls, par opposition aux contrats sur choses futures ; car la chose future et la chose d'autrui étant d'essence identique, sont de stricte interprétation les dérogations qu'apportent, au principe libéral de l'article 1130, des articles spéciaux comme l'article 1599 par exemple.

44. Si tous les droits éventuels quant à leur objet sont de nature identique, il est pourtant méthodique de les étudier par catégories, afin de mieux apercevoir leur ensemble.

En partant de cette idée, qu'il y a deux espèces de droits patrimoniaux à exercer sur une chose, les droits réels et les droits personnels, et que, en fait, l'éventualité de l'objet peut tenir à une inexistence matérielle de la chose, ou à l'existence, quant à elle, d'un droit de propriété appartenant à un tiers, il y a lieu d'examiner successivement quatre hypothèses : droits réels éventuels quant à leur objet, droits personnels éventuels quant à leur objet, droits réels portant sur la chose d'autrui, droits personnels portant sur la chose d'autrui.

I

Droits réels éventuels quant à leur objet (1)

45. L'exemple classique est la vente d'une récolte à venir, ou la vente du croît d'un troupeau : ici le bénéficiaire de la convention stipule pour lui un droit

1. Ce titre peut soulever des objections : l'une des différences, qui séparent le droit réel du droit personnel, étant la possibilité pour ce dernier de porter sur une chose qui n'existe pas encore et la nécessité pour le premier (qui est un *jus in re*, dit-on) d'avoir un objet certain pour prendre naissance, on pourrait s'étonner que nous parlions de droits réels portant sur des choses futures ! Nous nous expliquons : il s'agit ici de droits réels *éventuels*, pas de droits purs et simples ; la nécessité, pour le droit réel, d'avoir un objet existant et déterminé ne se conçoit, en effet, que lorsqu'il est pur et simple. Et si je ne pouvais avoir un droit réel éventuel sur une récolte future, je devrais avoir un droit éventuel de créance sur cette récolte, du moment que l'article 1130 permet d'avoir des droits sur une chose future ! Mais remarquons que ce droit de créance existe immédiatement, dès que le contrat est passé ; le débiteur est *obligé*, dès à présent, à me donner sa récolte à venir ; ce n'est que l'exécution de cette obligation qui est différée. Et, en conséquence, ce qui est éventuel c'est ma propriété sur cette récolte ; car, si la récolte venait, par miracle, à prendre corps quelques minutes après le contrat, j'en serais immédiatement propriétaire. Il y a donc, dans la vente d'une récolte à venir, un droit de créance qui naît immédiatement, et qui a pour objet de faire naître un droit de propriété le jour où l'objet prendra existence ! Une comparaison fera encore mieux ressortir cette vérité : je vous vends le bénéfice d'une assurance non encore contractée, je vous vends une récolte à venir ; dans le premier exemple, il est certain, que l'acheteur a immédiatement un droit contre son vendeur ; mais son droit contre la société d'assurance — l'objet du contrat — il ne l'aura que lorsque, en vertu de son droit immédiat contre le vendeur, il aura obligé ce dernier à contracter l'assurance ; dans le

de propriété, pour le jour où telle chose prendra naissance. C'est surtout dans le commerce que les ventes de choses futures sont fréquentes. Souvent un fabricant vend un certain nombre d'objets manufacturés, qu'il ne possède pas encore, dont il n'a pas même la matière première, par exemple : 10.000 mètres de drap pour garnir les wagons d'une compagnie de chemins de fer, sans qu'il possède au moment du contrat, ni le drap, ni la laine(1). Ces ventes sont connues sous le nom de *ventes à livrer*!

46. Pour qu'il y ait droit éventuel, dans les exemples précédents, encore faut-il observer quelle a pu être l'intention des parties dans le contrat passé. En vendant une récolte future, les parties peuvent avoir en vue soit la récolte en elle-même, comme objet déterminé, soit la simple chance de la récolte à venir (c'est-à-dire la *venditio spei*, comme l'appelaient les textes romains). Or, à supposer que la récolte visée ne se produise jamais, le contrat s'annihilera de lui-même dans la première hypothèse ; il vaudra au contraire dans la seconde ; et, partant, l'acheteur ne devra pas son prix dans la première hypothèse ; il

second exemple, l'acheteur pourra, en vertu de son droit immédiat contre le vendeur, obliger ce dernier, qui peut-être ne voulait pas ensemençer et travailler la terre, à faire les actes nécessaires pour que l'objet du contrat — propriété sur la récolte — puisse se réaliser. Donc, si le droit de l'acheteur contre la société d'assurance est un droit de créance éventuel, le droit de l'acheteur d'une récolte à venir doit être un droit réel éventuel.

1. Massé, *Droit commercial*, III, p. 117, n° 1539.

le devra au contraire dans la seconde : ce qui est la règle en matière de contrats aléatoires.

Or, il n'y aura droit éventuel que dans le cas de vente de chose future en elle-même ; car ce n'est qu'alors qu'on peut parler de droit subordonné, dans sa naissance, à la réalisation de l'un de ses éléments constitutifs : l'objet. Dans le cas d'une *venditio spei*, le droit de l'acheteur est complet, déterminé dès la formation du contrat : c'est celui à un aléa. En entendant exécuter son obligation de payer le prix, même s'il ne tire aucun profit du contrat, l'acheteur prouve qu'il considère parfait son droit, dès le jour du contrat, et que le fait de la production de la récolte est, à ses yeux, un simple moyen de mise en œuvre, d'exécution en fait, d'un droit déjà à tel point complet pour lui, qu'il en a irrévocablement promis la contre-prestation.

Donc les sources précitées de droits réels éventuels quant à leur objet, ne le seront effectivement que si les parties n'ont pas eu l'intention de les transformer en contrats aléatoires. Quant au moyen de savoir quelle a été l'intention des parties, si elles ont voulu la vente de l'espoir d'une récolte, ou d'une récolte espérée, c'est une question de fait, souverainement tranchée par les juges du fond. Et la doctrine est unanime à déclarer que les éléments de décision seront fournis par les termes de la convention et les circonstances, notamment par la comparaison du prix avec la valeur probable de la récolte, et que le

doute, conformément à l'article 1602 alinéa 2, sera interprété ici aussi contre le vendeur (1).

II

Droits personnels éventuels quant à leur objet

47. C'est ici surtout qu'apparaît la richesse des conséquences pratiques de l'article 1130 ; car c'est dans le domaine des droits de créance, infinis dans leur nombre et leur variété, que se donnera libre cours l'autonomie de la volonté.

Précisons encore certaines notions pour mieux faire ressortir l'importance et le côté délicat du problème.

48. La question est de déterminer s'il peut y avoir et quels sont les droits personnels éventuels quant à leur objet ; elle peut se formuler d'une façon plus claire : « si une créance future peut faire l'objet d'une cession. » On comprend que répondre affirmativement à cette question signifie reconnaître une infinité de droits personnels soumis à la naissance de leur objet.

49. Par créance future, il faut entendre celle qui n'existe, *pas même en germe*, dans le patrimoine du cédant, celle qui n'existe qu'à l'état de projet ; par

1. Baudry et Barde, *Obligations*, I, n° 247 ; Larombière, I, p. 248 (art. 1130) ; Colmet de Santerre, V, n° 47 *bis*, 1 ; Demolombe, XXIV, n° 306 ; Laurent, XXIV, n° 99.

exemple : je vous cède les loyers d'un immeuble que je n'ai pas encore loué ; je vous cède le salaire d'un emploi que j'espère obtenir, le titulaire d'un office cède l'indemnité qu'il obtiendra en cas de démission. La créance future n'est donc ni une créance conditionnelle, ni une créance à terme ; c'est une créance qui n'existe qu'en prévision !

50. L'examen des arrêts et des opinions doctrinales montre qu'une théorie d'ensemble sur la validité ou la nullité d'une cession de créances futures est loin d'être faite ; pourtant, on a cru pouvoir résumer le pour et contre du problème en disant que « les créances futures sont cessibles à condition que le principe de la chose future, qui leur sert d'objet, existe déjà, au moins virtuellement, lors de la cession » (1). Ainsi, l'on admet que la cession des loyers à échoir d'un bail, *en cours d'exécution*, est valable (2) ; on admet également la validité de la cession par un copropriétaire de sa part de créance sur le prix à provenir de la licitation à faire de l'immeuble indivis (3) ; on a validé encore la cession portant sur la commission *promise* à un courtier au cas où une vente serait réalisée (4) ; la cession des droits

1. Guillouard, *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, nos 742 et 747 ; Huc, *Traité de la cession et de la transmission des créances*, t. I, n° 170 et suiv ; Aubry et Rau, t. IV, § 359, p. 420, note 4 ; Laurent, t. XXIV, n° 464.

2. Cass., 16 juin 1877. S. 78. I. 53.

3. Cass., 26 mai 1886. S. 86. I. 256.

4. Paris, 23 déc., 1859. P. 1860. 900 ; Laurent, XXIV, n° 464 ; Guillouard, II, n° 748.

d'auteurs sur un ouvrage, même non composé, mais à la condition qu'il ait fait l'objet d'un traité de publication avec un éditeur (1).

51. Pourtant, la restriction faite à la validité d'une cession de créances futures et consistant à exiger que la créance doit, virtuellement, exister dans le patrimoine du cédant n'est pas fondée (2).

En premier lieu, remarquons qu'il y a des textes qui sont favorables à la validité d'une cession de créance future dans la véritable acception du mot; ensuite, que les arguments invoqués, pour soumettre à une restriction les cessions de créances futures, ne portent pas.

52 L'article 1130, permettant de vendre une chose qui n'existe pas même en germe dans le patrimoine, par exemple le coup de filet du pêcheur, montre que l'on peut faire d'un simple espoir l'objet d'un contrat; le texte est tellement général, que le

1. Paris, 27 nov. 1854. S. 56. 2. 47; Aubry et Rau, t. IV, p. 420, § 359, texte et note 5; Laurent, t. XXIV, n° 465; Guillouard, t. II, n° 750. Pourtant, la Cour de Paris a décidé le 31 janv. 1854 (S. 1854. 2. 734) que les droits d'auteurs sur une œuvre encore non publiée sont incessibles; et, dans une hypothèse analogue, la cession par un entrepreneur du prix de travaux, non encore déterminés et pour lesquels il n'a pas de traité, a été déclarée nulle par la Cour d'Aix (15 juin 1838, S. 39. 2. 90); mais, dans l'opinion générale, la cession est valable entre parties, seulement elle n'est pas opposable aux tiers. Cass., 7 août 1843. S. 43. 1. 775.

2. Voir les notes de M. Wahl dans S. 96. 2. 185, et de M. Jean Appleton dans D. 97. 2. 281.

législateur s'est cru obligé de faire une prohibition spéciale quant aux droits éventuels à une succession, parce que, pour divers inconvénients, il les jugeait incessibles : preuve que, sans prohibition expresse, ces droits, qui existent si peu en germe dans le patrimoine des héritiers que même les réservataires ne peuvent faire des actes conservatoires, eussent pu valablement faire l'objet d'une cession !

L'article 2 de la loi du 12 janvier 1895 est un nouvel argument en faveur de la cession d'une créance future. On sait que les ouvriers travaillent à la journée, sans contrat passé avec leur patron, de telle sorte que leur créance de travail est journalière et repose sur un travail journalier ; ces ouvriers ne pourraient céder leur salaire du lendemain, si la créance devait exister en germe pour pouvoir être cédée. Or l'article 2 de la loi du 12 janvier 1895 restreint la cessibilité des petits salaires et traitements, sans pour cela subordonner la validité de la cession à la condition que les salaires dérivent d'un contrat déjà formé, en supposant, au contraire, que les créances cédées naissent jour par jour. Cette disposition dérogatoire ne peut se comprendre que si le droit commun valide les cessions de créances futures sans restriction ; autrement elle serait inutile.

Enfin, le principe de l'autonomie de la volonté doit être respecté dès que l'ordre public n'est pas en jeu ; et il est certain que l'ordre public n'est pas intéressé dans ces conventions.

53. Les arguments invoqués pour prohiber les cessions portant sur les créances, n'existant pas en germe dans le patrimoine, sont principalement au nombre de trois.

a) On a d'abord dit que les créances futures ne peuvent être cédées parce qu'elles ne peuvent non plus être saisies (1).

Et ce parallélisme entre l'incessibilité et l'insaisissabilité serait motivée par ce fait : qu'il ne faut pas frustrer ses propres créanciers en les forçant à « assister en spectateurs impuissants à la perpétration d'actes qui auraient pour résultat de faire passer entre les mains d'un seul ce qui forme le gage commun de tous ».

Mais observons, d'abord, que l'incessibilité ne marche pas toujours de front avec l'insaisissabilité : il y a, en effet, des biens qui peuvent être cédés sans pouvoir être saisis ; ensuite, que les créanciers ne doivent pas se plaindre de ne pouvoir saisir-arreter la créance future : le gage commun est formé seulement par les biens que le débiteur a au moment où le créancier opère la saisie ; or, à ce moment, la créance future ne fait pas partie du patrimoine du débiteur.

b) On a dit ensuite : il n'y a pas de débiteur dans la cession de créance future.

1. Cass., 19 novembre 1884. S. 86. 1. 265 ; Cass., 29 octobre 1890. S. 91. 1. 305 et Pand., 91. 1. 748 avec la note de M. Balleydier.

On a répondu : qu'importe ! la loi ne l'exige pas. Et la seule conséquence, qu'on pourrait tirer de ce fait, est que le cessionnaire ne pourra signifier sa cession au débiteur (art. 1690), et que, partant, la cession ne vaudra qu'*inter partes*.

c) Enfin, on a dit que la créance future doit être considérée nulle par application de l'article 1174, car elle dépend de la volonté du cédant, elle n'existera que « si le cédant veut ». A cela, on a fort bien répondu, selon nous, qu'il s'agit là non pas d'une condition purement potestative, mais d'une condition simplement potestative, qui ne vicie pas le contrat : des événements externes — la nécessité, une opération avantageuse — pourraient rendre indispensable l'acte qui ferait naître la créance cédée.

Donc : la cession de créances futures est valable, même si ces dernières n'existent pas virtuellement dans le patrimoine ; et il y a, en conséquence, une infinité de droits personnels éventuels quant à leur objet.

54. Or, une chose future peut être ou l'objet direct d'un droit de créance, d'une obligation, ou le fait qui en déterminera la mesure, ou encore la condition de l'existence d'un droit principal auquel elle sert d'accessoire.

Examinons ces trois hypothèses.

*
* *

55. Première hypothèse. — Une chose future peut être l'objet d'une obligation ; ainsi : (1)

a) On peut céder valablement le bénéfice d'une assurance non encore contractée (2).

b) Ou bien, on peut céder la créance que l'on obtiendra en aliénant une chose que l'on possède. Ainsi le Tribunal de la Seine (3) a admis la validité d'une donation portant sur le prix d'un immeuble à vendre.

c) Un entrepreneur peut céder par avance le prix de travaux dont il compte devenir adjudicataire, mais qui ne lui ont pas été encore confiés ; un courtier peut céder la commission qui lui reviendra dans une vente qui n'est pas encore conclue (4).

d) Un auteur peut céder ses droits sur un ouvrage non encore publié, peut-être pas encore composé.

Néanmoins, la Cour de Paris, a décidé qu'il ne pouvait y avoir cession de produit d'une œuvre simplement projetée (5) ; (comparez cette décision avec celle de la Cour de Bourges (6), qui prohibe le nantissement d'un fond de commerce futur). Mais un arrêt de la Cour de Paris du 27 novembre

1. Demogue, *op. cit.*, I, p. 731 et suiv ; Wahl dans S. 96. 2. 185.

2. Cass., 17 mars 1891. S. 95. 1. 444.

3. 27 juillet 1904. Pand., 905. 2. 174.

4. Paris, 23 décembre 1859. Pand., 60. 900.

5. 31 janv. 1854. S. 54. 2. 734.

6. 29 avr. 1901. S. 1902. 2. 273.

1854 (1), a admis qu'on pouvait céder contre des éditeurs une créance née à l'occasion de la vente d'œuvres simplement projetées.

e) Un copropriétaire peut vendre sa part dans le prix de licitation d'un immeuble, avant même que celui-ci n'ait été mis aux enchères (2).

f) Un propriétaire peut d'avance céder les loyers d'une maison qui n'a pas été encore louée.

A ce point de vue, notons que l'exemple donné par Laurent (XVI, n° 56) pour démontrer la possibilité de l'application de l'article 1130 à toutes espèces de conventions, notamment à une cession de baux ne nous semble pas bien venu. Il est dit, dans le passage cité, que l'article 1130 permet au bailleur de céder, le jour même où le bail est conclu, les fermages à venir, et cela avec telle force, qu'on doit annihiler toute saisie de ces fermages, pratiquée par les créanciers du bailleur postérieurement à la cession. Or, dans cet exemple, on ne cède pas, à proprement parler, une chose future, mais de simples droits à termes, dont le bailleur pourrait, en cas de déconfiture de son locataire, réclamer le paiement anticipé. Pour que l'article 1130 soit réellement exemplifié, il faut supposer, avec nous, que les fermages cédés proviennent de baux non encore consentis ; ce n'est qu'alors qu'on peut parler de choses futures.

1. S. 56. 2. 47.

2. Cass., 25 mai 1886. S. 86. 1. 256 ; 4 fév. 1901. Pand., 1903. 1. 99.

56. Un officier ministériel peut-il céder d'avance la créance qu'il aura contre l'acheteur de son office, ou l'indemnité qu'il recevra à la suite d'une destitution ou d'une suppression de charges ?

Avant d'examiner la question sous cette forme, cherchons à déterminer si l'indemnité est *par elle-même* cessible.

1^o Il y a trois cas dans lesquels le successeur d'un officier public doit verser une indemnité à son prédécesseur : démission volontaire, démission forcée, destitution.

Dans le cas de démission volontaire, il est incontestable que l'officier public peut céder son indemnité ; la jurisprudence le lui permet et considère le prix de cession comme un prix de vente, en accordant à l'officier démissionnaire le privilège du vendeur (1).

Dans le cas de démission forcée, l'indemnité est-elle cessible ? La Cour de Montpellier (2) a décidé la négative ; mais, ainsi que l'a démontré M. Wahl dans la note précitée, l'affirmative ne saurait faire doute. En effet, il n'est pas juste d'assimiler la démission forcée à la destitution ; car la loi elle-même, en distinguant ces deux choses, a prouvé qu'elles ne sont pas identiques. Ensuite, si, en fait, les motifs d'une démission forcée sont les mêmes que celles d'une

1. Amiens, 2 févr. 1892. S. 93. 2. 7.

2. 21 févr. 1875. S. 96. 2. 185.

destitution, et si, en invitant un officier public, menacé d'une destitution, à démissionner, le Gouvernement lui fait une faveur, encore faut-il observer que cette faveur n'existe que dans la pensée du Gouvernement : en droit, la démission forcée est toujours une démission. Donc, l'indemnité, due en cas de destitution forcée, est cessible comme celle qui est due en cas de démission volontaire (1) ; et le même privilège est accordé à l'officier qui a démissionné forcément, comme à celui qui a démissionné volontairement (2).

Enfin, en cas de destitution, il est certain que l'indemnité n'est pas cessible, non pas seulement parce qu'elle ne peut être considérée comme un prix de vente, mais, encore, parce que l'officier public n'a aucun droit quant à elle. On sait, en effet, que la destitution étant une peine, faisant perdre à l'officier public les prérogatives attachées à cette qualité, l'indemnité n'est pas attribuée à ce dernier, mais à ses créanciers ; aussi ne pourra-t-il la céder qu'une fois ses créanciers payés (3).

2° Nous avons vu que, en principe, l'indemnité due à un officier public est cessible. Examinons maintenant la question telle que nous l'avons posée :

1. Bordeaux, 10 févr. 1891. S. 1892. 2. 121.

2. Agen, 28 déc. 1892. S. 93. 2. 7.

3. Cass., 8 déc. 1852. S. 53. 1. 106 ; Angers, 18 juillet 1855. S. 55. 2. 615 : Huc, *Cession*, t. I, n° 159 ; Guillouard, *De la vente et de l'échange*, t. II, n° 744.

l'indemnité peut-elle être cédée avant qu'elle soit due, et, partant, peut-il y avoir des droits soumis à l'éventualité d'une démission volontaire ou forcée d'un officier public ? Pour répondre, il faudra distinguer suivant les différentes périodes qui séparent les actes intervenus avant la prestation du serment par le nouvel officier public.

De la nomination du nouveau titulaire à la prestation de serment. — La jurisprudence admet la possibilité de la cession ; mais, ici, il n'est pas question de droits éventuels ; car, comme le disent les arrêts, la créance de l'officier démissionné, quoique non exigible, existe déjà (1).

De la conclusion du traité de cession d'office à son approbation par le Gouvernement. — L'indemnité est cessible ; pourquoi ? Nous disons : parce qu'une créance future est susceptible de cession, parce qu'il peut y avoir des droits soumis à l'éventualité d'une démission d'un officier public. La jurisprudence est divisée sur la question : la minorité des tribunaux annule les cessions intervenues pendant cette période, en se prévalant de l'incessibilité des créances futures (2) ; la majorité permet la cession de l'indemnité pendant cette période, en voyant dans la créance

1. Trib. de Blois, 28 juillet 1886, sous Orléans, 8 mars 1887. S. 88. 2. 189 ; Bourges, 18 nov. 1890. S. 92. 2. 241 ; Cass., 21 juin 1864. S. 64. 1. 347.

2. Trib. de la Seine, 5 avr. 1843. S. 43. 2. 402 ; Paris, 25 déc. 1843. S. 44. 2. 401 ; Bourges, 11 déc. 1844. S. 46. 2. 271.

d'indemnité une créance conditionnelle, soumise à l'approbation rétroactive du Gouvernement (1).

Cette dernière explication ne saurait être exacte ; car, comme l'observe M. Wahl, il faut dire de l'autorisation gouvernementale qu'elle est le complément du traité, et non pas une condition suspensive de ce dernier, pour ne pas s'exposer à annuler les actes authentiques passés par devant l'ancien officier, et valider les actes faits par le nouveau durant cette période. Il y a donc là, quoiqu'on en dise, une source de droits éventuels.

Avant la cession de l'office, on décide généralement que la cession de l'indemnité est nulle (2) ; mais on devrait décider le contraire, et cela pour la raison qu'il s'agit ici d'une créance future, cessible conformément à l'article 1130.

Les arguments, invoqués pour soutenir le contraire, ne peuvent être sérieux. On ne peut parler de l'indépendance du titulaire compromise par les poursuites du cessionnaire de l'indemnité ; car cela conduirait à interdire la cession, même après la trans-

1. Cass., 8 nov. 1842. S. 42. 1. 929 ; Paris, 26 juillet 1843. S. 43. 2. 523 ; Cass., 15 janv. 1845. S. 45. 1. 84 ; 16 janv. 1849. S. 49. 1. 282 ; Paris, 11 janv. 1851. S. 51. 2. 6 ; Cass., 11 déc. 1855. S. 56. 1. 112 ; Aubry et Rau, IV, p. 419, § 359, texte et note ; Huc, *op. cit.*, I, n° 170.

2. Caen, 27 déc. 1858. S. 59. 2. 283 ; Trib. de Toulouse. 24 janv. 1866. S. 67. 2. 88. — Aubry et Rau, IV, p. 419, § 359, note 3. — Guillouard, *op. cit.*, t. II, n° 744. — Huc, *op. cit.*, t. I, n° 159.

mission de l'office. De même, le droit de contrôle du Gouvernement ne peut être paralysé ; car ce dernier n'a pas à chercher à qui reviendra le prix de la cession, mais quelles sont les garanties du nouveau titulaire. Enfin, ceux qui sont obligés d'avoir recours aux officiers publics, ne peuvent se plaindre qu'ils sont privés de garanties sur lesquelles ils pouvaient compter : le cautionnement seul est destiné aux créanciers pour faits de charge, et, cela, par privilège ; le reste du patrimoine de l'officier public, partant l'indemnité, est répartie entre tous les créanciers et il doit conserver, quant à elle, libre action.

Dans cette dernière hypothèse, nous avons donc encore rencontré des droits éventuels personnels quant à leur objet.

57. Une société peut-elle céder d'avance à ses créanciers une partie de ses recettes (non pas ses créances futures), c'est-à-dire une partie de ses encaissements ?

L'article 1130 ne peut, selon nous (1), conduire qu'à une réponse affirmative ; néanmoins, la jurisprudence n'admet pas la validité d'une cession de recettes futures faite, par une société à ses obligataires, en cas de liquidation (2).

*
* *

58. Deuxième hypothèse. — Une chose future

1. *Idem*, Demogue, *op. cit.*, I, p. 732.

2. Trib. comm. de la Seine, 3 août 1901, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, p. 172.

peut fixer la mesure d'une obligation, ou lui servir de support. Cela aura lieu, le plus souvent, dès qu'il s'agira de réparer l'exact préjudice causé à autrui, lorsque l'évaluation de ce préjudice ne peut se faire immédiatement, mais au fur et à mesure. Deux exemples éclairciront nos allégations (1).

Une personne a été victime d'un accident ; elle aura, contre celui qui l'a causé, une créance tendant à réparer le dommage par elle souffert ; quel sera le montant de cette créance ? Ce ne seront que les faits postérieurs qui le détermineront ; pourtant, la personne lésée peut céder immédiatement cette créance pour une somme fixe ; et le cessionnaire aura acquis, par là, une créance plus ou moins grande, suivant que l'incapacité de travail du cédant aura été plus ou moins grave.

Un divorce est prononcé aux torts du mari ; la femme, ayant des moyens d'existence, une pension alimentaire n'est pas prononcée à son profit ; des années s'écoulent, la situation de la femme devenant précaire, elle demande des aliments au mari coupable : les torts du mari n'ont produit un dommage que longtemps après ! C'est l'espèce sur laquelle a statué la Cour de Montpellier le 19 mars 1901 (2).

*
* *

59. Troisième hypothèse. — La chose future

1. V. Demogue, *op. cit.*, I, p. 730.

2. S. 905. 2. 57.

n'est pas seulement l'objet de l'obligation, ou l'élément qui servira de support ou de mesure à une obligation ; la chose future peut encore être la condition de validité d'une convention accessoire, par rapport à laquelle elle joue le rôle de principal.

Ainsi, un cautionnement, une hypothèque ont été consentis en vue d'une dette future ; qu'est-ce qui est éventuel dans cette hypothèse ? Ce n'est par l'hypothèque ou le cautionnement, leurs éléments constitutifs étant réunis ; en effet, si ces droits ne peuvent encore valoir, ce n'est qu'à cause de leur caractère accessoire. C'est *l'engagement garanti par une sûreté réelle ou personnelle en bloc, envisagé comme tout indivisible*. Aussi, voilà la raison pour laquelle nous citons l'hypothèque en vue d'une dette future parmi les droits *personnels* éventuels quant à leur objet, et non parmi les droits éventuels réels.

Examinons successivement les applications suivantes de l'idée générale développée : assurance d'un objet futur, cautionnement d'une dette future, hypothèque quant à une dette future, privilège quant à une créance future, gage ou antichrèse pour dettes futures.

60. Aucune difficulté pour les assurances d'une récolte future ; c'est là leur but économique même (1). L'assureur a une créance contre la Compagnie soumise à l'éventualité de la naissance d'une récolte ;

1. V. D. Rép., *Obligations*, n° 414.

et la créance a pour objet une indemnité pour le cas où la récolte, une fois née, viendrait à périr. Il y a donc là une créance conditionnelle soumise à une éventualité ; c'est ce qui démontre la différence des deux modalités : l'éventualité (la naissance de la récolte), élément constitutif du droit, la condition (cas fortuit), fait externe au contrat.

61. Le cautionnement pour dettes futures constitue, comme on l'a remarqué, une question vidée, sur laquelle il n'y a plus à revenir ; tous les auteurs la permettent (1), la jurisprudence aussi (2), le droit comparé de même (3).

L'exemple le plus usuel est celui d'une personne charitable qui répond, près d'un boulanger, des dettes que contractera chez lui une famille misérable.

Ici, un éclaircissement s'impose : le cautionnement d'une dette future suppose une dette déterminée, un créancier connu, nettement désigné ; il ne faut donc pas confondre, avec l'hypothèse envisagée ici, l'acte par lequel une personne s'oblige envers une autre de la cautionner jusqu'à concurrence d'une somme, sans que les noms des créanciers probables soient désignés. Quoique valable, en vertu

1. Planiol, *Droit civil*, II, 3^e éd., n° 2328 ; Guillouard, *Cautionnement*, n° 17 et 52 ; Aubry et Rau, IV, éd., 4. p. 674 ; Baudry et Wahl, *Cautionnement*, p. 465.

2. Arrêt de Cassation du 10 juin 1870. S. 70. I. 157.

3. V. l'article 492 du Code fédéral des obligations et l'article 765, § 2 du Code allemand, qui édictent formellement la même idée.

du principe de la liberté des conventions, et reconnue, par là, en doctrine et en jurisprudence (1), cette convention a un caractère discuté et discutable : s'agit-il d'un cautionnement de dette future (2), d'une stipulation pour autrui, ou d'une simple pollicitation de cautionnement toujours révocable (3) ? Nous dirons, avec MM. Guillouard (4) et Demogue (5), qu'il y a là stipulation pour autrui ; et, par conséquent, nous n'avons pas à nous occuper d'un tel acte dans notre étude.

62. Les hypothèques pour dettes futures ont fini par être déclarées valables, à l'égal des cautionnements. En effet, personne ne songe plus à combattre les hypothèques pour dettes futures, pour le motif qu'elles seraient faites sous condition purement potestative : on a vite reconnu que le débiteur pouvait être contraint à emprunter, et qu'alors l'hypothèque naissait même contre la volonté du propriétaire.

Les applications de cette idée générale ont été au nombre de trois :

a) On peut constituer une hypothèque en vue d'une ouverture de crédit, question définitivement tranchée, sur laquelle il n'y a plus intérêt à insister.

1. Cass., 9 nov. 1875, S. 76. I. 153.

2. Baudry et Wahl, *Cautionnement*, n° 95.

3. Lambert, *Stipulations pour autrui*, p. 129.

4. *Cautionnement*, n° 28.

5. *Op. cit.*, I, p. 734.

b) Une société peut constituer une hypothèque sur ses biens, même avant une émission d'obligations (1) ; et l'on a permis de prendre une inscription, quant à cette hypothèque, au profit des futures obligataires : il suffit pour cela que l'inscription contienne le nom d'une personne quelconque, gérant d'affaires des obligataires, à qui les notifications se référant à l'hypothèque, spécialement celles à fin de purge, puissent être faites (2).

En effet, depuis longtemps déjà, des sociétés de finances, notamment des sociétés par actions, après avoir réalisé la totalité ou une grande partie de leur capital social et après avoir acquis des immeubles, ont voulu emprunter de l'argent en émettant des obligations négociables. Elles ont songé à pourvoir ces obligations d'une sûreté hypothécaire, établie sur les immeubles sociaux, et qui serait inscrite d'office, sans que les porteurs d'obligations eussent à s'en occuper et à en faire les frais : moyen efficace de déterminer le public à prendre part à l'emprunt.

Et le procédé qu'on a, en premier lieu, trouvé pour satisfaire ces intérêts a été de former, dès la clôture de l'émission, une société civile, ayant pour but de prendre, au profit du bloc des obligataires, une hypothèque en premier rang sur les immeubles

1. Thaller, *Annales de droit commercial*, 94, p. 80 ; Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 588 et suiv. ; Cass., 20 oct. 1897. S. 97. 1. 489.

2. Demogue, *op. cit.*, I, p. 735.

de la société. La souscription aux obligations valait adhésion tacite à la société civile.

Mais ce moyen est ou bien inutile, ainsi que le déclare la Cour d'Aix (1), ou bien sans fondement juridique, ainsi que l'observe, avec beaucoup de justesse, M. Labbé (2).

En effet, cette soi-disant société civile est-elle, en réalité, une société ? Où sont les apports ? Où est la matière à société ? Où est l'avantage commun poursuivi indivisément par des efforts réunis ?

Et alors, pour permettre la réalisation d'un légitime intérêt en jeu, on a eu recours à une sage interprétation de l'article 2148.

Dans un premier système, on a distingué entre les formalités substantielles et secondaires établies en matière d'inscription hypothécaire, et l'on a dit que la désignation du créancier n'était pas une formalité requise sous peine de nullité (3).

Dans un autre système, on ne partage pas *a priori* les formalités requises par l'article 2148 en substantielles et secondaires, pour ne pas donner lieu à des nullités qui n'ont causé aucun préjudice. Et,

1. 8 avril 1878, S. 79. 2. 313.

2. Note sous décision précitée.

3. Troplong, *Priv. et hyp.*, t. VI, n° 679 ; Aubry et Rau, 4^e éd., t. III, § 276, p. 350, texte et note 20 ; Laurent, t. XXXI, n° 45 ; c'est pourquoi la Cour de cassation (6 juill. 1842. S. 42. 1.802) a décidé que l'inscription prise par un mandataire, sans désignation du nom du mandant, est valable.

partant de ce principe qu'il n'y a pas de nullité sans grief, l'on dit : si aucune occasion d'actionner le titulaire de l'inscription ne s'est présentée, la question de nullité ne s'élève pas ; si une action a dû être intentée contre le titulaire de l'inscription, comme le créancier non déclaré est tenu de subir ce qui aurait été fait et jugé contre son représentant seul désigné, personne n'est lésé ; enfin, quand l'inscrivant s'est fait connaître, l'omission du nom du créancier ne peut léser quelqu'un (1). Par conséquent, il n'y a jamais intérêt à demander la nullité d'une inscription hypothécaire pour défaut de désignation du créancier.

Les deux systèmes aboutissent aux mêmes résultats : ne pas exiger, dans une inscription hypothécaire, la désignation du nom du créancier. La jurisprudence actuelle consacre ce principe. Ainsi la Cour de cassation, dans un arrêt du 20 octobre 1897 (2), a statué que l'hypothèque consentie au profit d'un groupe d'obligataires, par une société anonyme, pourra être inscrite à la requête d'un gérant d'affaires, et avec la simple désignation du titre, en guise du nom du créancier réclamé par l'article 2148 ; car le créancier sera le possesseur quelconque du titre.

1. En ce sens, Labbé, note précitée ; et les notes sous Cass., 26 juill. 1858 dans le *Journal du Palais* 1860, p. 153 ; Rouen, 24 avril 1874 ; S. 74. 2. 277 ; Poitiers, 10 juin 1879. S. 79. 2. 109.

2. S. 97. 1. 489.

c) En annotant la décision de la Cour d'Aix, du 8 avril 1878 (1), M. Labbé s'est posé la question de savoir si, étant donné l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence quant à la validité des hypothèques constituées au profit de créanciers indéterminés, l'on ne pouvait introduire en France, sans réforme législative, le système allemand des prénotations. De la sorte, un propriétaire pourrait commencer par consentir une hypothèque en second rang sur son immeuble et réserver le premier rang à un prêteur de son choix, notamment au Crédit foncier qui n'accorde des prêts que sur hypothèque en premier rang.

Si M. Labbé ne se déclare nullement ému de ce que l'on pourrait créer, par interprétation (2), en France, un régime analogue à celui de la loi de messidor an III, que l'on n'a même pas voulu expérimenter, et s'il ne s'arrête pas non plus à l'objection que le débiteur ne trouvera de preneur que parmi les gens qui consentent à courir des risques et savent s'en faire payer le montant. M. Demogue se pose pourtant une question : qui prendra l'inscription à la place du créancier indéterminé ? Un mandataire, impossible ; ce sera un gérant d'affaires, le débiteur lui-même ou un tiers. Mais cette gestion, possible pour les créanciers vivants, le sera-t-elle encore

1. Précitée.

2. V. l'arrêt d'Orléans, 13 novembre 1852. P. 54.. 1. 353, qui admet un cas de prénotation.

pour des créanciers qui ne vivront que dans vingt ou trente ans? M. Demogue répond affirmativement, et avec raison selon nous; car, ainsi que nous le verrons, la gestion d'affaires a un cadre très large et peut s'appliquer même à des êtres non encore nés (1).

63. Le privilège, comme l'hypothèque, peut exister par rapport à une dette future; la loi elle-même nous en a donné l'exemple en créant le privilège des créanciers pour faits de charge d'un fonctionnaire, quant au cautionnement de ce dernier (art. 2101 § 7 du C. civ.): or l'obligation du fonctionnaire peut ne jamais exister.

64. Enfin un bien peut être donné en nantissement ou en antichrèse pour une dette future. Peu pratique pour le gage conventionnel, cette hypothèse l'est, au contraire, pour le gage tacite accordé à l'hôtelier ou au voiturier.

III

Droits réels éventuels portant sur la chose d'autrui

65. Si la chose d'autrui est, par rapport au disposant, identique à une chose encore inexistante, si par conséquent, rationnellement, une convention devrait pouvoir porter avec la même force

1. Planiol, II, 3^e éd., combinez les nos : 1222 et suiv., 1242 et 2274.

sur la chose d'autrui comme sur la chose future, nous ne trouvons plus, dans ce domaine, la liberté des conventions proclamée par l'article 1130 ; nous trouvons, tout au contraire, le principe restrictif de l'article 1599 : « la vente de la chose d'autrui est nulle », et une tradition constante qui annule l'hypothèque sur la chose d'autrui.

Examinons, avant tout, ces deux aspects du problème de l'éventualité des droits réels portant sur la chose d'autrui.

66. Vente de la chose d'autrui. — Il est important de préciser le sens et le domaine d'application de l'article 1599, car ce n'est que dans ses limites que la loi vise les droits éventuels sur les biens d'autrui, ne fut-ce que pour en interdire l'aliénation.

67. L'article 1599 a trait, principalement, aux immeubles et non pas « aux objets qui font la matière des transactions commerciales, comme les choses fongibles, qu'il est dans l'intention et au pouvoir du vendeur de se procurer » (1). Par conséquent, si un chapelier de Paris vend à un commerçant de province un nombre de 1.000 chapeaux, qu'il n'a pas, quoique l'acheteur pense qu'il les ait, mais que le vendeur trouvera identiques dans une maison similaire, la vente sera valable, et le droit de l'acheteur sera, en réalité, soumis à l'éventualité de l'achat que fera son vendeur chez autrui !

1. Huc, *Commentaire du Code civil*, X, n° 61 ; Laurent, XXIV, n° 104.

68. L'article 1599 ne s'applique pas non plus quand les parties ont déclaré qu'elles faisaient la vente du consentement du propriétaire. Ce serait alors un acte fait sur la chose d'autrui par un mandataire avec un tiers ; mais, en ce cas, il ne s'agit pas d'un droit éventuel pour l'acheteur, ce dernier acquérant un droit pur et simple contre le propriétaire de la chose, par l'intermédiaire du mandataire de ce dernier.

69. L'article 1599 ne s'applique pas non plus à une convention par laquelle l'on vend la chose d'autrui pour le jour où le vendeur en deviendra propriétaire, ou obtiendra l'autorisation du maître. Comme, généralement, dans ces sortes de contrats, les parties stipulent un terme dans lequel la condition se réalisera, le droit de l'acheteur sera affecté d'un terme, et consistera à pouvoir demander, au jour fixé, ou bien la chose, si le vendeur l'a obtenue, ou bien des dommages-intérêts pour l'inexécution des obligations du vendeur.

70. L'article 1599 ne s'appliquera pas non plus au cas où les deux parties sont « de mauvaise foi », c'est-à-dire savaient que la chose appartient à un tiers ou si les deux parties croyaient la convention possible.

En effet, si les deux parties savaient que la chose est à autrui, on ne peut interpréter leur convention, que comme comportant un délai tacite pendant lequel le vendeur puisse exécuter son obligation ;

une fois le délai passé, et l'obligation non exécutée, l'acheteur pourra demander une indemnité ; son droit est donc complet dès le jour du contrat. De même, si le vendeur et l'acheteur croyaient que la chose appartient au vendeur, ils ont fait une convention impossible, sans conséquences juridiques pour les deux.

71. Il ne reste, comme champ d'application de l'article 1599, que la vente de l'immeuble d'autrui, quand l'une des parties est seule de mauvaise foi.

Si c'est le promettant qui est de mauvaise foi, comme l'acheteur peut compter, conformément à l'article 1138, sur une livraison immédiate, et comme cela est impossible pour le moment, il aura droit à une indemnité pécuniaire, comme compensation de la nullité de l'acte qui lui est imposée. Si c'est le stipulant qui est de mauvaise foi, si c'est un malhonnête qui veut spéculer sur la bonne foi d'une personne, la nullité de l'article 1599 apparaît comme fondée sur l'idée de dol et le refus de toute indemnité sera la conséquence que l'acheteur a *volontairement* subi un dommage (1).

72. Or, ce n'est que dans ces deux hypothèses qu'auraient pu prendre naissance des droits éventuels ; car ce n'est que dans ces deux hypothèses que le droit de l'acheteur devait être simplement un droit de propriété, et que, son objet ne pouvant se

1. Demogue, *op. cit.* I, p. 742.

réaliser en même temps que ses autres éléments constitutifs, il était un droit de propriété soumis à l'éventualité d'un objet ! La loi, déclarant nulle la vente de la chose d'autrui, ce qui ne pouvait avoir réellement lieu que dans ces deux dernières hypothèses, a entendu ne pas reconnaître le droit de propriété, quand ses éléments principaux étant réunis, l'élément qui manquait, l'objet, était la propriété d'autrui ; c'est-à-dire le droit de propriété éventuel sur la chose d'autrui.

Remarquons que, sauf dans ces deux derniers cas, l'intention des parties n'était pas de créer, au profit de l'acheteur, un droit de propriété, mais un droit de créance déjà complet, en vertu duquel l'acheteur puisse obtenir, *un jour*, ou bien la propriété de la chose d'autrui, ou, à son défaut, une indemnité. C'est ce qu'exprime M. Huc (1) en disant que l'article 1599 ne s'applique pas aux hypothèses où les parties traitant en vue d'une chose appartenant à autrui « ont entendu faire une vente simplement productive d'obligations ».

L'article 1599 s'appliquera donc seulement aux ventes où l'acheteur a entendu acquérir immédiatement un droit de propriété, comme, par exemple, dans le cas d'une vente d'un bien indivis faite par un copropriétaire sans le concours des autres, ou dans celui d'une vente d'un immeuble dotal faite par le mari seul.

1. *Loc. cit.*

73. Hypothèque de la chose d'autrui. —

Comme dans l'hypothèse précédente, il ne peut réellement être ici question, que des hypothèques sur la chose d'autrui visées dans une convention translatrice de droit et non pas seulement créatrice d'obligations; donc, il faut supposer que soit le créancier hypothécaire, soit le débiteur, savait que l'immeuble hypothéqué appartenait à autrui et que, néanmoins, ils ont stipulé une hypothèque immédiate.

On pourrait dire: la convention constitutive d'hypothèque est valable; mais le créancier hypothécaire n'aura qu'un droit éventuel, qu'un droit soumis à l'éventualité de l'acquisition de l'immeuble par le débiteur!

Ce n'est pourtant pas ainsi qu'on raisonne: on considère, comme de nul effet, l'hypothèque constituée sur le bien d'autrui: et, comme il n'y a pas, pour les hypothèques, un texte analogue à l'article 1599, on argumente de deux autres articles du Code: l'article 2124, d'après lequel, pour pouvoir valablement grever un immeuble d'hypothèques, il faut avoir la capacité de l'aliéner (1); l'article 2124, qui, dans son premier alinéa, dispose qu'il n'y a d'hypothèque valable que celle qui déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles *actuellement* appartenant au débiteur, et qui, dans son deuxième alinéa, dispose que « les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués ».

1. S. 92.1.289, *note*.

74. Autres droits réels. — De ce qui précède, il résulte que nous n'avons trouvé, jusqu'à présent, comme droit réel éventuel portant sur la chose d'autrui, que la propriété de l'acheteur sur les objets mobiliers, que le vendeur devra se procurer chez autrui, et cela jusqu'au moment où l'achat et l'individualisation de ces objets seront faites par le vendeur, moment à partir duquel le droit de l'acheteur deviendra pur et simple.

Mais, en dehors de la propriété et de l'hypothèque, il y a encore d'autres droits réels : l'usufruit, la servitude, le gage, etc. ; ces droits ne peuvent-ils jamais porter sur la chose d'autrui, à titre de droits éventuels ? Pour répondre à cette question, il faut d'abord déterminer si la prohibition de l'article 1599 est d'ordre général ou exceptionnel ; or c'est ce que nous faisons dans la section suivante pour savoir s'il peut y avoir des droits de créance éventuels sur la chose d'autrui : nous y renvoyons le lecteur.

IV

Droits personnels éventuels sur la chose d'autrui

75. On ne peut ni vendre ni hypothéquer la chose d'autrui ; peut-on, du moins, la louer, faire, quant à elle, un prêt d'usage, de consommation, l'apporter en société, la confier pour un transport,

pour un dépôt, en un mot, peut-on faire naître un droit personnel quant à la chose d'autrui ? Si l'on répond affirmativement, voilà toute une liste de nouveaux droits éventuels : droit d'un preneur, soumis à l'éventualité de l'acquisition de la chose par le bailleur, droit d'un commodataire, soumis à l'éventualité de l'acquisition de la chose par le commodant, droit d'un déposant, soumis à l'éventualité de l'achat de l'objet à déposer, etc.

La question, comme on le voit, présente un grand intérêt pratique : telle personne voudrait faire une acquisition immobilière, mais pas avant d'être certaine de trouver un fermier, l'exploitation en régie ne lui convenant pas ; telle autre, désirant faire partie d'une société commerciale, veut faire son apport, en promettant à la société un bien, dont elle escompte prochainement l'acquisition, etc.

Ces divers et importants intérêts pratiques trouvent amplement satisfaction, si l'on reconnaît la possibilité de créer des droits personnels éventuels sur la chose d'autrui.

76. Mais, pour en arriver là, il faut préalablement établir que les prohibitions de la loi, en matière de vente ou hypothèque de la chose d'autrui, sont exceptionnelles, qu'elles ne sont pas l'application d'un principe rationnel, qui exclurait les conventions sur la chose d'autrui, qu'il n'y a rien qui s'oppose à l'autonomie de la volonté dans la matière.

Et, pour cela, analysons quelles raisons on a don-

nées pour expliquer l'article 1599, et pour exclure par là, indirectement, la chose d'autrui des conventions.

Les différentes thèses, présentées par les civilistes pour expliquer l'article 1599, peuvent se réduire aux suivantes : nullité à raison de l'objet qui est hors de commerce, nullité à raison de l'impossibilité de l'objet, nullité pour défaut de cause, nullité pour erreur sur la qualité substantielle, nullité pour erreur sur la personne.

77. Première explication. — La chose d'autrui est hors de commerce par rapport à tout le monde, sauf par rapport à son propriétaire.

Cette explication ne peut être satisfaisante ; en effet, on dit d'une chose qu'elle est dans le commerce dès qu'elle est susceptible de faire l'objet du droit que les parties veulent établir sur elle à l'aide de la convention (1). Il s'agit donc là, purement et simplement, d'une appréciation objective : la chose peut-elle faire l'objet d'un tel droit ; et non pas d'une appréciation subjective : la chose peut-elle faire l'objet du droit d'un tel ? Et cela est tellement vrai que, si la chose n'était dans le commerce qu'à l'égard de son propriétaire, et hors de commerce par rapport au reste du monde, toute aliénation serait impossible ; car pour que, moi acheteur, je puisse devenir propriétaire de votre chose, encore faut-il

1. Baudry et Barde, *Obligations*, I, n° 248.

que cette chose soit en commerce à mon rapport, autrement la convention serait inopérante pour moi. Et l'on ne peut dire que la convention destinée à me transférer la propriété du vendeur, aura, préalablement, pour effet de mettre la chose en commerce par rapport à moi : la qualité pour une chose d'être *in commercio* ou *extra commercium* ne peut dériver que de la loi. En tout cas, l'explication proposée rendrait impossible la prescription acquisitive : je ne peux acquérir par la possession prolongée la propriété d'une chose hors commerce.

La chose d'autrui est donc dans le commerce, et la première explication ne porte pas.

78. Deuxième explication. — La vente de la chose d'autrui est nulle parce que le vendeur a pris un engagement impossible à réaliser : transférer une propriété qu'il n'a pas (1).

Mais cette seconde explication soulève aussi des objections sérieuses : s'il est vrai que le fait qui sert d'objet à une obligation doit être licite et possible, il faut encore que l'impossibilité du fait stipulé soit absolue pour que le contrat soit annulé. Si l'impossibilité du fait est seulement relative, c'est-à-dire si elle n'existe que par rapport au débiteur, le contrat vaut quand même (2).

1. Marcadé sur l'article 1599 ; Murlon sur l'article 1599 ; Leligois, *Revue critique*, 1869, p. 19 ; De Folleville, *Essai sur la vente de la chose d'autrui* ; Baudry-Lacantinerie, III, n^o, 500 et 502.

2. Aubry et Rau, IV, p. 100 et 315 ; Baudry et Barde, *Obbligations*, I, n^o 289.

Ainsi, si le promettant savait que le fait lui est impossible à réaliser, ou si c'est par négligence qu'il l'ignorait, tandis que le stipulant l'ignorait, et avec raison, le contrat est valable et le promettant pourra être condamné à des dommages-intérêts pour inexécution. Mais si le stipulant connaissait l'impossibilité, le promettant ne peut être condamné à des dommages-intérêts ; car le stipulant a volontairement subi le dommage.

Or, c'est dans deux hypothèses analogues que l'article 1599 trouve seulement son application ; qu'observons-nous ? Quand l'acheteur est de bonne foi, l'impossibilité pour le vendeur de livrer la chose est simplement relative ; donc, elle ne devrait pas annuler le contrat, conformément aux principes posés ; et quand c'est l'acheteur qui est de mauvaise foi, ce n'est pas l'impossibilité du fait qui annule le contrat, prive l'acheteur de tout recours, c'est soit parce que le contrat est entaché de dol, soit parce que l'acheteur, ayant volontairement subi un préjudice, ne peut prétendre réparation du vendeur.

Donc, dans ces deux cas, les seuls où l'article 1599 trouve une application, la nullité du contrat ne peut se rattacher à l'impossibilité de l'exécution.

Mais on pourrait objecter : la doctrine, qui exige l'impossibilité absolue d'exécution pour annuler le contrat, ne vise que le cas où l'objet du contrat est une obligation de faire ; elle n'a pas trait à l'hypothèse où le promettant s'est engagé à donner ; donc

il suffit que l'impossibilité de l'obligation de donner soit relative pour que le contrat se voie annulé.

Ce raisonnement n'est pas fondé : l'obligation de donner n'est, à la bien analyser, qu'une variété de l'obligation de faire : en s'engageant à constituer un droit réel, on s'engage à un fait ; mais, comme l'exécution de cette obligation de faire est instantanée, on la confond avec l'obligation même ; donc, si les obligations de donner sont des obligations de faire, on doit leur appliquer les mêmes règles qu'à ces dernières.

Cela est tellement vrai que, si l'on doit annuler le contrat par lequel une personne s'est engagée à donner des objets d'un genre qui n'existe plus (1), l'on refusera certainement d'annuler le contrat par lequel on s'oblige à donner des objets dont un tiers détient le monopole (2).

Conclusion : l'article 1599 ne peut avoir comme base l'impossibilité pour le vendeur d'exécuter son obligation.

79. Troisième explication. — Dans la vente de la chose d'autrui, l'obligation de l'acheteur n'a pas de cause, car le vendeur ne pourra pas exécuter sa prestation ; et alors on annule le contrat.

Deux observations :

a) A supposer que cette affirmation soit vraie pour

1. Bordeaux, 10 nov. 1836. V. D. *Ventes*, n° 471.

2. Demogue, *op. cit.* I, p. 738-739.

la vente de la chose d'autrui, encore ne pourrait-on la généraliser, et déduire la nullité d'une promesse unilatérale concernant la chose d'autrui.

b) Mais l'argument ne vaut pas, même pour la vente ou les autres contrats synallagmatiques concernant la chose d'autrui. Peu importe si l'obligation du vendeur peut ou non s'exécuter *en nature* ; il y a engagement, et cela suffit pour qu'il y ait cause : en effet, cet engagement s'exécutera, au besoin, par équivalent.

Cette troisième explication de l'article 1599, et, partant, d'une prohibition générale de contracter sur la chose d'autrui, n'est pas plus acceptable que les autres.

80. Quatrième explication. — La vente de la chose d'autrui est nulle parce que l'acheteur s'est trompé sur une qualité substantielle : la qualité pour la chose, de pouvoir entrer dans son patrimoine.

Voilà comment on raisonne dans ce système (1). Quoique le vendeur ne fût, en droit romain, obligé de transférer la propriété de la chose à l'acheteur, mais la possession seulement, il n'en est pas moins vrai que le but de la vente était de faire acquérir à l'acheteur le *dominium ex jure quiritium*. Si l'acheteur n'était pas rendu propriétaire, parce qu'on lui avait vendu la chose d'autrui, il était trompé dans sa légitime attente, et devait avoir une action en répa-

1. Huc, X, n° 62 et suiv.

ration. En droit romain, où l'usucapion produisait ses effets au bout de deux ans, il n'était pas absolument nécessaire d'accorder l'action en réparation à l'acheteur, aussitôt sa méprise découverte ; on pouvait, sans trop d'inconvénients, la suspendre jusqu'au jour où l'acheteur était menacé d'éviction.

En droit moderne, où l'usucapion exige un délai prolongé pour s'accomplir, où l'intérêt économique est pris en considération, et fait qu'on craigne l'improductivité d'une chose, dont le propriétaire serait menacé d'une éviction, on a dû donner l'action en réparation à l'acheteur dès le moment où il a vu qu'il s'est trompé. Et cette action en nullité de la vente, accordée à l'acheteur, ne peut avoir comme fondement qu'une erreur commise sur une qualité que l'acheteur a dû prendre avant tout en considération : celle de la possibilité, pour la chose, de lui être acquise. Étant fondée sur une erreur, la nullité de la vente sera relative et non absolue, partant, l'acheteur pourra seul s'en prévaloir.

Cette thèse, bien que soutenable, a soulevé des objections. On a d'abord dit que le fondement de l'article 1599 ne pouvait être l'erreur, vu que l'acheteur de mauvaise foi a aussi le droit d'intenter l'action en nullité. Ce n'est pas là pourtant que réside le vice du système. L'article 1629 permettant à l'acheteur de mauvaise foi d'exercer l'action en garantie et de réclamer la restitution du prix, mais sans dommages-intérêts, il s'ensuit que l'article 1599, qui dis-

pose que, lors de la prononciation de la nullité de la vente d'une chose d'autrui, l'acheteur de bonne foi a seul droit à des dommages-intérêts, apparaît comme une application du principe général formulé par l'article 1629 : l'acheteur de mauvaise foi n'est pas obligé d'attendre l'éviction pour obtenir la restitution du prix (1), et il n'obtiendra, par l'action intentée sous le nom d'action en nullité, pas autre chose que la restitution du prix, qu'il pourrait différer jusqu'au moment de l'éviction.

A notre avis, ce que l'on peut reprocher à ce système c'est la fausse conception de la qualité substantielle dans les conventions sur laquelle il repose. Ainsi que l'observe M. Demogue (2), on spiritualise trop la qualité substantielle d'une chose, en entendant, par là, la possibilité d'une acquisition immédiate de cette chose ; car, au fait, ce n'est pas la possibilité de devenir propriétaire qu'on envisage ici, comme par exemple dans le cas où l'on a contracté sur une chose inaliénable faisant partie du domaine public ; c'est la possibilité d'une acquisition immédiate : et, n'est-ce pas plutôt d'une impossibilité relative qu'il s'agit et qu'on masque par l'expression « erreur sur la substance ? » Or, nous avons vu que l'impossibilité relative d'exécution n'annulait pas le contrat.

1. Huc, X, n° 66 ; Laurent, XXIV, n° 123, *contra* ; Colmet de Santerre, VII, n° 28.

2. *Op. cit.* I. p. 740.

81. Cinquième explication. — Le fondement de l'article 1599 est toujours une erreur, mais une erreur *sur la personne* : l'acheteur a traité avec une personne qu'il croyait propriétaire (1) ; or l'article 1110 dispose que « le contrat est nul quand la considération de la personne était la cause principale de la convention ».

Cette dernière explication ne nous paraît pas satisfaisante, non pas seulement parce que, avec une pareille interprétation de l'article 1110 on pourrait annuler une série entière de contrats (par exemple, je traite avec un incapable, et je demande ensuite la nullité parce que j'ai cru traiter avec une personne capable ; je prête de l'argent à un insolvable, et je demande ensuite la nullité du prêt parce que j'avais en vue une personne solvable, etc.), mais parce que, et surtout, la vente pourrait être rétroactivement validée par la ratification qu'en ferait le véritable propriétaire : preuve que ce n'est pas la qualité du vendeur qui a été la cause déterminante de la convention !

D'ailleurs, on sait que l'erreur visée par l'article 1110 doit porter sur les qualités inséparables de l'individu et qui, réunies, constituent sa personnalité, et non sur les qualités extrinsèques, comme la fortune ou les droits qu'on peut avoir (2).

1. Baudry et Barde, *De la vente*, n° 118.

2. Demogue, *op. cit.*, I, p. 741 ; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 595 ; Baudry et Barde, *Obligations*, t. I, p. 79 et suiv.

*
* *

82. Il résulte de l'examen précédent que non seulement l'article 1599 ne peut apparaître comme l'application d'un principe général excluant des conventions la chose d'autrui, mais il ne peut être lui-même expliqué par l'idée de nullité : il reste donc à lui trouver un autre fondement. Ce fondement rationnel est la résolution pour inexécution d'obligation, l'article 1184, ainsi que nous aurons à l'expliquer.

83. On dit habituellement que le principe de l'article 1599 a été dicté au législateur par le changement opéré dans le transport de la propriété. La vente de la chose d'autrui pouvait être permise en droit romain, où le vendeur ne s'obligeait pas à transférer la propriété, où l'obligation qu'il assumait ne pouvait être considérée comme impossible ; mais lorsque les principes changèrent, lorsque la vente devint translatrice de propriété, vendre la chose d'autrui parut une impossibilité, et, partant, la nullité de l'article 1599 fut édictée. C'est ainsi qu'ont expliqué la nouvelle situation Portalis (1), Faure (2) et Grenier (3).

Mais « il y a eu là un mirage, une méprise législative » (4) ; car le motif donné ne peut être exact.

1. Loqué, t. XIV, p. 151.

2. Loqué, t. XIV, p. 197.

3. Loqué, t. XVI, p. 388.

4. Demogue, *op. cit.*, I, p. 741. Bonafos, *De la vente de la chose d'autrui* ; Guillaouard, *De la vente*, I, n° 180.

84. Si le vendeur est obligé aujourd'hui de transférer la propriété à l'acheteur, c'est parce que, en vertu de la loi, son obligation de livrer s'exécute instantanément lorsqu'elle porte sur un corps certain (art. 1138). Rationnellement, l'obligation de donner étant une obligation de faire, et les obligations devant fatalement consister dans un fait ou dans une abstention, le vendeur n'est tenu que de faire, que de *livrer*. Or, comme la loi exécute immédiatement l'obligation de livrer du vendeur, et, comme l'acheteur peut légitimement compter sur une exécution instantanée des obligations du vendeur, dès que cette obligation du vendeur ne peut s'exécuter immédiatement, l'acheteur est trompé dans son attente : il y a inexécution des obligations du vendeur (exécution tardive) ; donc, l'acheteur peut, conformément à l'article 1184, demander la résolution. Quand on vend la chose d'autrui, l'acheteur de bonne foi est évidemment trompé dans son attente de voir la livraison s'exécuter immédiatement ; que le vendeur puisse, à la rigueur, exécuter son obligation dans un délai, les intérêts de l'acheteur ne sont pas plus satisfaits, car ce dernier escomptait une acquisition immédiate ; dès la signature du contrat, il y a donc inexécution d'obligations : la résolution doit être encourue au moment même où le contrat a pris naissance.

« Il est probable que le législateur de 1804 ne s'est pas fait ces raisonnements. Il a vu que quelque

chose clochait, et il a prononcé la nullité. » Donc la nullité de la vente d'une chose d'autrui est un moyen qui remplace le système de la résolution, et l'article 1599 apparaît comme étant en fonction de l'article 1184.

Et pour montrer combien il est peu rationnel de parler de nullité quand il s'agit d'un contrat portant sur la chose d'autrui, observons que le nouveau Code civil allemand n'annule pas les contrats portant sur la chose d'autrui. D'ailleurs, lors de la préparation du projet du Code civil allemand, l'on mit en lumière les véritables principes, en considérant les contrats portant sur la chose ou le fait d'autrui comme soumis à l'éventualité de la transformation juridique de la chose. « Un pareil contrat, en tant qu'il porte sur la chose d'autrui, est valable, et, si le droit français en décide autrement en matière de vente, c'est qu'il confond, dans le même acte, la convention obligatoire et l'aliénation. » (1).

85. Retenons de tout cela, que, non seulement il n'y a pas d'obstacle rationnel qui prohibe les conventions sur la chose d'autrui, mais encore que la prohibition de vendre la chose d'autrui, bien qu'elle doive être appliquée telle quelle devant un texte exprès, apparaît à l'examen comme sans fondement et comme d'ordre exceptionnel.

1. Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 2^e éd., n° 152. Paris, Pichon, 1901.

*
* *

86. Quand de la vente de la chose d'autrui, nous passons à l'hypothèque de la chose d'autrui, nous constatons, non seulement que cette seconde prohibition manque de fondement rationnel, mais encore qu'elle manque de tout fondement légal.

Nous n'avons plus à discuter ici la nullité du contrat constitutif d'hypothèque à raison du fait que l'immeuble est hors de commerce, à raison de l'impossibilité de l'objet, à raison de l'erreur : nous avons précédemment écarté ces arguments.

Nous n'avons à prouver ici, que, d'abord, le contrat constitutif d'une hypothèque sur la chose d'autrui a une cause, et que, ensuite, les deux articles invoqués, 2124 et 2129, pour soutenir la nullité de l'hypothèque, ne portent pas.

87. D'abord, le contrat d'hypothèque a une cause : le bénéficiaire ne s'est pas engagé sans cause, du moment qu'il a la promesse de l'autre partie de donner hypothèque ; et cela suffit.

88. Ensuite, invoquer l'article 2124 pour annuler l'hypothèque portant sur la chose d'autrui, signifie faire une confusion entre la capacité et le pouvoir d'aliéner, entre la capacité, qui dépend de l'âge et de la situation sociale, et le pouvoir, qui consiste à rendre un tiers propriétaire et qui n'appartient qu'au propriétaire ou à sonp reposé.

89. Enfin, quant à l'article 2129, observons :

a) Son premier alinéa en disposant qu'on ne peut hypothéquer que les biens « actuellement appartenant au débiteur », vise certainement la spécialité de l'hypothèque, et non pas les biens d'autrui, ainsi que cela ressort de la lecture même de l'article.

b) L'alinéa second « les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués » n'est que la conséquence du premier. Ce que la législateur a voulu, avant toute chose, c'est de ne plus permettre les clauses d'hypothèques générales, et il a entendu réaliser son but en interdisant l'hypothèque sur les biens qu'un individu pourrait acquérir, donc qu'il n'a pas actuellement.

Ce texte ne peut viser les biens d'autrui, car, comme le remarque fort ingénieusement M. Huc (1), les biens à venir sont considérés par les parties comme étant des biens futurs, par rapport au débiteur, tandis que les biens d'autrui sont considérés par les parties comme biens appartenant actuellement au débiteur.

D'ailleurs, si l'on soutient que l'alinéa 2 de l'article 2129 vise les biens d'autrui, il faudrait conclure que l'hypothèque consentie sur le bien d'autrui est nulle, d'une nullité absolue, le principe de la spécialité du gage hypothécaire étant d'ordre public ; donc, il faudrait décider que l'hypothèque ne vaudra pas, même si un jour le constituant acquiert le bien qu'il

1. *Commentaire du Code civil*, t. XIII, p. 251.

a hypothéqué, même si elle a été constituée pour le cas où l'on deviendrait propriétaire du bien hypothéqué.

C'est ce que décide la jurisprudence (1) et une partie de la doctrine (2).

90. Mais les conséquences pratiques de cette manière de voir sont tellement peu acceptables, qu'il y a une tendance, en doctrine et en jurisprudence, à revenir sur l'idée de la nullité absolue de l'hypothèque constituée sur le bien d'autrui et, par là, de cesser de considérer l'article 2129 comme ayant trait aux biens d'autrui.

En effet, d'une part, il y a des auteurs qui se déclarent franchement pour la nullité relative de l'hypothèque consentie sur l'immeuble d'autrui (3) ; d'autre part, les auteurs partisans de la nullité absolue, frappés par l'exorbitance des conséquences de leur principe, cherchent à l'atténuer par des correctifs. Ainsi, Aubry et Rau décident que, si le constituant acquiert le bien qu'il a hypothéqué, il devra constituer de suite une hypothèque en faveur du créancier ou rembourser immédiatement la dette, par application de l'article 2131 ; ce qui n'est, comme on l'a

1. Cass., 24 mai 1892. S. 92. 1. 289.

2. Aubry et Rau, 5^e éd., t. III. p. 440 ; Baudry et de Loy-
nes, *Hypothèques*, II, p. 370.

3. Huc, XIII, n° 202 et X, n° 64 ; Demante et Colmet de
Santerre, IX, n° 96 bis ; Guillouard, *Hypothèques*, t. II,
n° 938.

remarqué, qu'un « heureux illogisme », l'article 2131 ne pouvant s'appliquer dans le cas.

En jurisprudence, il est admis que l'hypothèque portant sur la chose d'autrui, nulle en principe d'une façon absolue, sera affectée simplement d'une nullité relative si le constituant se porte fort pour le propriétaire, qu'il ratifie l'acte : en ce cas, la ratification du propriétaire valide rétroactivement la convention (1) ; d'autant plus, en cette hypothèse, le constituant devenu propriétaire du bien hypothéqué devra-t-il ratifier l'acte consenti.

Enfin, si l'article 2129 alinéa 2 visait les biens d'autrui, il y aurait quand même un moyen de constituer valablement une hypothèque sur le bien d'autrui : c'est de constater, conformément à cet article, l'insuffisance actuelle des biens du débiteur, et de dire que tel bien sera affecté à la sûreté de telle dette le jour où il sera acquis.

91. Il résulte de tout cela, que l'hypothèque sur le bien d'autrui est valable et qu'elle engendre un droit éventuel ; mais, à ne pas admettre cette idée, encore faut-il conclure que la nullité de la vente et de l'hypothèque d'une chose appartenant à autrui sont des exceptions en droit français, et que le principe qui doit dominer la matière dans l'intérêt de tous est la liberté des conventions, la validité des contrats passés sur la chose d'autrui, l'existence (sauf excep-

1. Cass., 13 déc. 1875. S. 76. I. 273.

tion) de toute une classe de droits personnels et réels éventuels portant sur la chose d'autrui. D'ailleurs, la loi elle-même semble admettre expressément la liberté de contracter sur la chose d'autrui, lorsqu'elle permet, par l'article 1441, que le vendeur qui a, une première fois, aliéné un objet mobilier puisse l'aliéner valablement une seconde fois à une autre personne, qui l'a pris en possession : en définitif, c'est à cela que se réduit la validité de l'achat fait par le second acheteur mis en possession.

92. Et notre manière de voir permet aux intérêts pratiques de trouver satisfaction dans la plus large mesure ; si le stipulant a cru pouvoir obtenir immédiatement un droit sur le bien d'autrui, il a trente ans pour demander la résolution conformément à l'article 1184 ; si le promettant parvient à se procurer rapidement la chose d'autrui, la convention se trouvera valable ; si les deux parties savaient à quoi s'en tenir, ou bien leur convention s'exécutera le jour où elle sera possible, ou bien, s'il y a eu tacitement un délai d'exécution, le stipulant pourra demander la résolution pour inexécution d'obligation, une fois le délai expiré.

Voilà une excellente exemplification de l'utilité pratique, réelle, des constructions abstraites théoriques.

V

Conditions générales de l'existence
des droits éventuels quant à leur objet (1)

93. Nous avons démontré la possibilité, pour une chose future, de faire l'objet de nombreux et variés contrats, et, par conséquent, nous avons eu à enregistrer une première et très riche source de droits éventuels.

Mais, pour qu'une chose future puisse valablement faire l'objet d'un contrat, encore doit-elle réunir certaines conditions, celles qui sont requises par l'article 1129 ; à leur défaut, le contrat qui porte sur une chose future ne peut valoir.

L'article 1129 dispose : « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée. »

94. Cet article peut être rattaché à deux fondements rationnels divers : ou bien l'article 1129 s'explique par ce fait, que les contrats doivent avoir un objet sérieux, ou bien le législateur a voulu protéger, par l'article 1129, les parties contre un engagement non mesuré. Si l'on se rattache au premier fondement,

1. Cpr. Demogue, *op. cit.*, p 752-754.

on doit dire que l'objet du contrat, la chose future, peut être déterminable dès à présent, ou même *a posteriori*; si l'on se rattache au second fondement, on doit dire que l'objet du contrat doit être déterminé *a priori*, doit être appréciable au moment de la convention.

95. Il est évident que la tendance moderne du droit se concilie plus facilement avec le second fondement qu'avec le premier : la société a intérêt à ce que les parties ne s'engagent pas imprudemment.

D'où, conséquence : un contrat portant sur une chose future ne fera naître un droit éventuel que si la chose future peut, dès à présent, être approximativement appréciée. Donc, si nous avons admis ci-dessus la possibilité pour un auteur de vendre, en échange d'une somme fixe, une œuvre encore non projetée, du moins devra-t-il en préciser le titre et l'objet, autrement l'engagement pris sans connaissance de cause ne pourra être validé. La jurisprudence s'est montrée assez large dans l'interprétation de la détermination apriorique de l'action future : ainsi elle a implicitement validé un cautionnement portant sur toutes les avances que le créancier avait faites ou voudrait faire au débiteur pour les besoins de ses affaires pendant telle ou telle campagne (1).

96. Mais ne pourrait-on pas tirer argument de l'article 2130, qui permet au débiteur en cas d'in-

1. Cass., 2 déc. 1903. D. 1905. 1. 9.

suffisance des biens présents d'hypothéquer des biens à venir, et de l'article 2102 § 7, qui affecte par privilège aux créanciers pour faits de charge les cautionnements des fonctionnaires, pour combattre la nécessité d'une détermination apriorique de l'action future, en disant que la loi a elle-même donné l'exemple d'obligations portant sur choses futures déterminables *a posteriori* seulement ?

Nous ne le pensons pas : l'article 2130 est, en droit moderne, un vestige dont il ne faut pas exagérer l'importance ; l'article 2102 § 7 vise une obligation légale que le législateur peut créer comme bon lui semble. D'ailleurs, deux autres textes du Code civil indiquent suffisamment que le législateur se méfie des engagements indéterminables approximativement d'avance ; ce sont : l'article 1837, qui interdit toute société commerciale où les biens à venir seraient compris autrement que pour la jouissance, et l'article 1988, qui dispose que le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration (1).

97. Conclusion : pour qu'un droit éventuel quant à l'objet puisse naître, il faut que cet objet soit, dès à présent, approximativement déterminable.

1. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 908.

CHAPITRE II

Droits éventuels quant au consentement

98. La question que nous allons étudier maintenant est la suivante : un acte juridique auquel il manque un de ses éléments les plus essentiels, le consentement de l'une des parties, peut-il avoir une certaine force juridique alors que les autres éléments, nécessaires à sa perfection, sont déjà réunis ; ou, en d'autres termes : peut-il y avoir des droits soumis à l'éventualité d'un consentement ; car, en définitif, reconnaître une certaine force à un acte juridique auquel un des consentements fait défaut, c'est voir en lui une source de droits éventuels, de droits qui ne deviendront purs et simples que le jour où le second consentement sera donné !

99. Or le problème a une double face : il se peut que le consentement fasse défaut, alors que la partie qui doit le donner a une existence réelle et qu'elle ne le donne pas immédiatement, parce qu'elle ne le juge pas convenable ; mais il se peut aussi que le consentement fasse défaut parce que la partie qui est appelée à le donner n'existe pas. Et il ne faut pas

croire qu'il y a là deux situations différentes : si l'on peut raisonnablement se demander si un acte juridique a déjà une certaine existence, alors qu'une seule des deux parties a donné son consentement, il n'y a pas de raison pour ne pas se poser la même question, alors que le second consentement n'existe pas, parce que la seconde personne appelée à jouer le rôle de « partie » n'existe pas, tandis que le consentement de l'autre et l'objet sont hors de doute. Le consentement c'est la personne même envisagée en tant que volonté à un moment donné ; donc, si l'on peut parler de consentement éventuel, il n'y a pas de raison pour qu'on ne puisse parler d'un participant éventuel à un acte juridique, et les deux choses ne font en réalité qu'une.

100. Malgré l'apparent caractère d'anormalité que présente la thèse que nous nous proposons de développer, elle repose sur une conception que le législateur a eue en vue, qui ne lui est pas étrangère. L'article 2102 § 7 du Code civil, qui établit le privilège pour faits de charge sur le cautionnement des fonctionnaires publics, est le pivot de la matière ; nous pouvons même dire qu'il n'est que l'application d'un principe général, celui qui reconnaît la possibilité pour un droit de rester quelque temps sans titulaire.

En effet, le privilège de l'article 2102 § 7 est non seulement affecté à une créance éventuelle, mais son titulaire même est inconnu, il n'existe pas encore ou

il n'existera peut-être jamais, si le fonctionnaire ne se rend jamais coupable. Voilà donc, de par la volonté de la loi, un privilège qui attend son créancier et qui existe, avant son arrivée, avec toute la force juridique ; nous croyons donc pouvoir affirmer que notre thèse a un fondement législatif incontestable.

Examinons successivement ces deux faces de la question.

I

Droits soumis à l'éventualité du consentement d'une partie existante

101. Comme on ne peut jamais parler avec trop de précision dans une étude comme la nôtre, commençons par observer que le contrat, auquel il manque le consentement de l'une des parties, ne doit pas être confondu avec le néant juridique, ou avec une simple pollicitation tout au plus. L'article 1130, en reconnaissant l'existence juridique d'un contrat actuellement sans objet, ne fait autre chose, ainsi que nous l'avons encore dit, qu'appliquer un principe d'ordre général, notamment que la loi prend en considération les contrats, non pas seulement à partir du moment où ils sont parfaits, mais encore dès que l'élément capital du droit existe ; or, il est certain qu'il y a plus que rien dans l'hypothèse où un consentement et un objet existent déjà,

et où l'on n'attend que le second consentement pour que le contrat naisse avec toute sa force. D'ailleurs, c'est la raison qui explique pourquoi la loi elle-même reconnaît la promesse unilatérale de vente ou d'achat (art. 1589), qui n'est autre chose qu'un contrat de vente auquel il manque actuellement le consentement de l'une des parties.

102. Et l'hypothèse envisagée ne doit pas plus être confondue avec une simple pollicitation faite par le vendeur, par exemple, à l'acheteur : dans le cas d'une pollicitation, aucune des conditions du contrat n'est définitivement établie et acceptée par l'acheteur ; dans le cas de promesse de vente, toutes les clauses du contrat ont été débattues et acceptées par l'acheteur, même avant l'époque où il entendra donner son consentement ; et, quand ce dernier sera donné, ce n'est pas un contrat de vente quelconque qui prendra naissance, mais tel ou tel contrat individuellement déterminé.

103. C'est dans trois endroits différents du Code qu'on s'est occupé du problème que nous cherchons à résoudre : d'abord, dans l'article 1108, relatif à la formation des contrats ; ensuite, dans l'article 1174, relatif aux conditions potestatives ; enfin, dans l'article 1589, relatif aux promesses de vente.

104. De même que pour M. Demogue (1), le texte capital dans la matière est, pour nous, l'article 1174 :

1. *Op. cit.*, I, p. 753.

toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

105 Le fondement de l'article 1174 ne peut être que le désir du législateur de rendre le plus sérieux possible, dans l'intérêt général, le lien obligatoire, sanctionné par une action, entre deux personnes ; la loi n'a pas voulu, et ne pouvait raisonnablement vouloir, que le consentement de l'une des parties fût donné et retenu en même temps ; l'obligation, étant une nécessité juridique de faire ou de ne pas faire quelque chose, ne peut comporter une condition qui détruirait le lien de droit sans lequel l'obligation ne saurait se concevoir.

Il résulte de là trois conséquences importantes :

106. Les seules conditions qui annulent une obligation sont les conditions purement potestatives, celles qui ne dépendent que de la volonté interne du débiteur et non pas celles qui dépendent de sa volonté externe, c'est-à-dire de sa volonté conditionnée par des faits externes influençables.

En effet, la condition potestative, définie par l'article 1170 « celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher » ne peut être celle que vise l'article 1174 ; car la condition potestative visée par l'article 1170, loin d'entraîner la nullité du contrat, peut être ajoutée, soit au profit du créancier,

soit à celui du débiteur, tandis que la condition potestative dont parle l'article 1174 annule le contrat selon certaines distinctions déterminées. La condition dont parle l'article 1174 a un caractère spécial qu'on découvre en consultant la tradition et les travaux préparatoires.

On sait que l'article 1174 a été produit d'après Pothier (1) qui, à son tour, se conformant à la doctrine des jurisconsultes romains (2), décidait que la seule condition qui annulerait l'obligation est celle qui dépend de *la pure et seule volonté* du débiteur : la condition *si voluero* ; aussi l'article 75 du projet du Code civil (correspondant à l'article 1174) contenait-il l'expression « condition *purement* potestative ». Mais, à la suite d'une observation du Tribunal, le mot *purement* devait être remplacé par celui de *uniquement*, et le Conseil d'Etat ne dit nulle part la raison pour laquelle ce mot ne figura plus dans le texte voté ; malgré cela, on ne peut douter de l'intention du législateur, surtout si on lit les affirmations de Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs (3).

Et c'est ainsi qu'une doctrine unanime a conclu que la seule condition potestative qui annule l'obligation est la condition visée par l'article 1174, la condition *purement* potestative ; qu'au contraire, dès qu'une condition dépend en même temps de la

1. *Obligations*, n° 205.

2. L. 17, L. 48, § 3, L. 108, § 1, Digeste. *De verb. oblig.*

3. Locré, t. 12, p. 338, n° 58.

volonté du débiteur et d'un fait externe, elle ne vicie pas le contrat, car elle est simplement potestative (1). Quant à la distinction à faire, en fait, entre ces deux conditions, c'est une question souverainement appréciée par les juges du fond ; et l'on admet facilement que l'on doit assimiler aux conditions dépendant uniquement de la volonté, celles qui dépendent d'un acte matériel insignifiant (*si je vais me promener, si je lève le bras, etc.*) (2).

Donc, une première source de droit éventuels quant à leur consentement sera fournie par les contrats unilatéraux affectés d'une condition simplement potestative de la part du débiteur : le droit du créancier est soumis à l'éventualité permise du consentement du débiteur.

107. L'article 1174 indique suffisamment, par les termes qu'il emploie, que la seule condition purement potestative qu'il prohibe est celle qui affecte l'engagement du débiteur : celle qui dépend de la volonté du créancier n'est pas interdite par la loi (3).

1. Toullier, t. 6. nos 494, 495 ; Delvincourt, t. 2, p. 47 ; Bufnoir, *Conditions*, p. 118 ; Aubry et Rau, t. 4, § 302, p. 66 texte et note 22 ; Colmet de Santerre, t. 5, n° 94 bis I ; Demolombe, t. 2, n° 314 ; Larombière sur l'article 1174, n° 2 ; Laurent, 17, nos 55, 56 ; Baudry-Lacantinerie, t. 2, 931.

2. Aix, 4 janv. 1886, *Bull. arr. Aix*. 1886, p. 82 ; Cass. 15 janv. 1890, D. 91. 1. 30 ; Colmet de Santerre, 1, n° 194 bis ; Demolombe, n° 315.

3. V. cette idée appliquée aux promesses de vente dans : Planiol, II, n° 1401, *note*.

La raison de cette différence est visible : si le débiteur n'est engagé que s'il le veut, l'obligation n'existe pas ; mais si le débiteur a promis, sans condition, un fait, et si c'est le créancier qui n'a stipulé que pour le cas où il voudra, le lien de droit existe virtuellement ; car il consiste, principalement, dans la charge assumée par le débiteur, et ce n'est qu'au créancier qu'il appartient de donner à ce lien toute sa force juridique.

D'où, une seconde source de droits éventuels quant à leur consentement sera fournie par les contrats unilatéraux affectés d'une condition même purement potestative de la part du créancier : le droit du créancier est soumis à l'éventualité de son consentement même.

108. Si l'application de l'article 1174 aux conventions unilatérales ne présente aucune difficulté (car, dans ces conventions, il n'y a qu'une partie d'obligée et le contrat ne se formera pas si cette partie n'est pas obligée), dans les contrats synallagmatiques, où il y a des obligations réciproques, on peut se demander si, la condition purement potestative affectant l'une des obligations, l'autre est, par cela, empêchée de prendre naissance. Exemple : je promets de vendre ma maison, si un tel le veut ; ici, l'obligation du vendeur doit-elle être annulée, parce que l'obligation de l'acheteur existe sous condition potestative ? En droit romain il y avait grave controverse entre les jurisconsultes : d'aucuns considé-

raient le contrat comme nul, les autres ne déclaraient le contrat nul que si aucun terme n'avait été stipulé (1). En droit moderne, on valide au contraire les conventions synallagmatiques faites sous condition potestative (2) ; car on observe que l'article 1174 ne prohibe la condition purement potestative que de la part du débiteur, et qu'il « n'y a rien que de naturel et de licite à soumettre l'effet d'une obligation à la volonté de celui envers qui elle est contractée » (3). Et alors, tandis qu'un contrat unilatéral ne peut être affecté d'une condition purement potestative, une convention synallagmatique peut être faite valablement sous une telle condition. C'est la même idée qu'exprime M. Demogue (4) en disant que le législateur du Code civil, suivant en cela Pothier, ne parle que de l'obligation et non pas du contrat soumis à une condition purement potestative ; d'où, la validité de ce dernier ne peut être contestée.

D'ailleurs, il faut observer que la condition « si je veux », purement potestative en elle-même ou

1. Cpr., L. 13, C. *De contrah. emp.*, § 4 ; Inst., *De emptione* ; Savigny, *Syst.*, t. III, § 117 ; Bufnoir, *Conditions*, p. 123.

2. Toulouse, 21 mai 1885. D. 86. 2. 187 ; Paris, 2 nov. 1892. *Gaz. Trib.*, du 5 novembre 1892 ; Aubry et Rau, t. IV, § 302, p. 67, texte et note 29 ; Demolombe, t. II, nos 324-326 ; Laurent, t. XVII, n° 64.

3. Observation sur l'article 75 du projet, par le tribunal de Cassation, dans Fenet, t. II, p. 588.

4. *Op. cit.*, I, p. 757.

quand elle est appliquée à une obligation unilatérale, devient simplement potestative appliquée à un contrat ; l'acheteur, le locataire qui a le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente ou de louage ne se décidera pas à l'accepter par pur caprice ; toutes les clauses du contrat pèseront sur lui et il ne donnera sûrement son consentement que s'il est certain de ne pouvoir trouver de meilleures conditions ailleurs. Exemple (1) : si un propriétaire m'a signé une promesse de bail pour sa maison que je pourrai louer pour 1.000 francs quand il me plaira, je n'usurai de cette promesse que si, pour 1.000 francs, je ne trouve pas une maison plus commode, plus spacieuse, plus agréable ; au contraire, si un représentant de commerce est engagé par moi et que je stipule de lui donner 5 o/o sur les commandes qu'il rapportera si je suis content de lui, la condition « si je suis content » est ici destructive de volonté, donc de l'obligation et du contrat.

Retenons donc de tout cela que, tandis que l'obligation sous condition purement potestative est nulle, un contrat est, au contraire, valable quand il est passé sous une même condition.

Donc, une troisième source de droits éventuels sera fournie par les contrats synallagmatiques affectés d'une condition même purement potestative : le droit de l'une des parties sera soumis à l'éventualité du consentement de l'autre.

1. Demogue, *op. cit.*, I, p. 757-758.

109. Avant de passer à l'application du principe posé, rapprochons de la matière le cas où le contrat est en train de se former, le cas du contrat par correspondance et où nous trouverons une quatrième source de droits éventuels quant à leur consentement, et la matière des successions *ab intestat* et testamentaires, en tant qu'elle peut donner lieu à des discussions sur l'éventualité d'un consentement.

Examinons successivement les différentes applications pratiques auxquelles conduisent les développements précédents.

*
* *

110. D'abord, les droits éventuels résultant du fait que le débiteur a retenu, dans la mesure permise par la loi, son consentement, ou l'éventualité quant au consentement du débiteur, dans les contrats unilatéraux.

Une obligation consentie sous la condition *si je le juge raisonnable* sera sûrement annulée (c'est d'ailleurs ainsi que raisonnaient Pothier (1) et même les jurisconsultes romains) (2); mais une condition comme *si cela est jugé à propos* est réputée simplement potestative, car il y a là une appréciation objective que le juge, en cas de désaccord entre les parties, pourra souverainement faire (3). Voilà

1. Pothier, *Obligations*, n° 48.

2. L. XI, § 7. Dig., *De legatis*, 3.

3. Aubry et Rau, t. IV, § 302, p. 67; Larombière sur l'article 1174, n° 3; Demolombe, t. II, n° 318.

donc des droits éventuels soumis à l'éventualité d'un consentement pour le cas où cela sera jugé à propos : un patron qui promet à ses ouvriers une augmentation de salaire pour un surplus de travail « si cela est jugé à propos » !

La condition *si je suis content* est au contraire jugée tantôt comme purement potestative, comme équivalant à la condition *si je le juge raisonnable* (1), tantôt comme une condition simplement potestative (créatrice de droits éventuels, pour nous) (2), car elle sera réputée accomplie si le débiteur ne peut justifier d'aucune cause de mécontentement.

La condition *quand je pourrai*, objets d'arides controverses en droit romain (3), appréciée comme purement potestative dans l'ancien droit français (4) est plutôt considérée, par les auteurs modernes, comme renfermant un terme incertain ; donc, avec cette interprétation, elle ne peut faire naître des droits éventuels.

La condition *si je me décide, s'il m'arrive de me décider* ne peut être considérée comme purement facultative, car c'est l'état des affaires qui décidera le débiteur à faire ou à ne pas faire (5) : il peut donc y

1. Demolombe, t. II, n° 317.

2. Larombière, *loc. cit.*

3. L., XLVI §§ 2 et 3. Dig., *De verb. oblig.*

4. Pothier, *Obligations*, n° 47.

5. Troplong, *Vente*, n° 132 ; Larombière, sur l'article 1174, n° 7.

avoir un droit soumis à l'éventualité d'une décision prise par le débiteur.

L'obligation contractée sous la condition « *si je veux* » de la part d'un tiers est parfaitement valable, car un certain lien de droit existe immédiatement (1); et, alors, le droit du créancier sera soumis à l'éventualité du consentement du débiteur, en ce sens que le consentement de ce dernier dépendra de la volonté d'un tiers.

111. Rappelons que la condition, même simplement potestative, ne peut affecter une donation, car l'article 944, en interdisant de faire une donation sous une condition dont l'exécution dépend de la volonté du donateur, a entendu non seulement appliquer le droit commun, mais encore étendre, pour des considérations spéciales au contrat, la sphère des conditions prohibées (2). Et, par application des mêmes principes, on annulera aussi la condition purement potestative insérée dans un testament qui affectera ici, non pas la forme « *si je veux* », mais « *si mon héritier veut* » ; par exemple : « *je lègue à un tel une somme de, si mon héritier le veut bien* ». Et alors — ce que nous ne pouvons faire ici — il faudrait voir, à la lumière de l'article 900 et de la jurisprudence qu'il a motivé, si un tel legs sera annulé ou réputé pur et simple.

1. Bufnoir, *Conditions*, p. 120 ; Demolombe, t. II n° 321.

2. Baudry et Colin, *Donations*, I, n° 1458 et suiv.

112. Passons maintenant aux décisions jurisprudentielles et recherchons des hypothèses pratiques où il y a droits éventuels. Il a été jugé : que la clause insérée dans un contrat innomé et portant qu'une indemnité sera fixée de gré à gré n'est pas une condition purement potestative, le juge pouvant toujours fixer la quotité de cette indemnité si les parties sont en désaccord (1) ; que la convention portant qu'un employé de commerce, indépendamment de son traitement, « jouira annuellement d'une gratification raisonnable, dont il laisse la fixation à la générosité de ses contractants » ne peut être considérée comme affectée d'une condition purement potestative ; car c'est aux tribunaux de juger si la gratification est raisonnable (2) ; que la vente, dans laquelle on stipule que le prix sera payé à l'entrée en jouissance de l'acquéreur « ce qui aura lieu à sa première réquisition », n'est pas affectée d'une condition purement potestative, vu que l'acheteur n'avait pas le droit de reculer indéfiniment son entrée en jouissance (3) ; que la clause d'un crédit ouvert, qui réserve au créancier la faculté d'escompter à sa satisfaction les valeurs présentées par le crédit, ne renferme pas, dans les usages du commerce, une condition purement potestative (4) ; que la clause du

1. Cass., 4 juin 1835. S. 35. 1. 327.

2. Lyon, 10 mars 1864. S. 64. 2. 256.

3. Cass., 9 nov. 1846. S. 46. 1. 653.

4. Paris, 30 mars 1842. S. 43. 2. 113.

réglement de la caisse de retraite d'une compagnie, d'après laquelle les retenues une fois opérées sont irrévocablement acquises à cette caisse, bien qu'il dépende de la compagnie de ne jamais servir de pension aux employés en les renvoyant avant qu'ils aient accompli le temps de service exigé, est valable (1) ; que la faculté, réservée à l'acheteur dans un marché à terme et à prime, de renoncer au marché en payant la prime ne constitue pas la condition purement potestative (2) ; que la clause « autant qu'il dépendra de nous », insérée par les père et mère dans l'engagement pris par eux de laisser à leur décès la somme destinée au paiement de la dot de leur fille religieuse, ne doit pas être considérée comme une condition potestative (3) etc.

113. Dans toutes ces hypothèses, ce qui manque au droit de l'une des parties pour être pur et simple c'est l'un des éléments constitutifs du droit et non pas un fait externe ; et il est indifférent de savoir le motif pour lequel cet élément constitutif fait défaut : ce motif peut, lui, être un fait externe au contrat. C'est pourquoi nous disons qu'il y a là une première série de droits éventuels quant au consentement, qu'il y a des contrats unilatéraux soumis à l'éventualité du consentement du débiteur.

1. Cass., 24 mars 1873. D. 73. 1. 467.

2. Cass., 21 janv. 1878. S. 78. 1. 269.

3. Besançon, 1^{er} déc. 1884. D. 85. 2. 239.

*
* *

114. Un contrat unilatéral peut être soumis à une éventualité, non pas seulement quant au consentement du débiteur, mais quant au consentement du créancier, mais avec cette différence que, dans ce dernier cas, même la condition purement potestative n'annule pas le contrat : serait donc valable un contrat par lequel une personne est disposée à fournir une somme pour le cas où l'autre voudrait en user ; et nous avons, de la sorte, un droit éventuel soumis au consentement du créancier.

*
* *

115. Arrivons aux contrats synallagmatiques affectés d'une condition même purement potestative.

La première application à signaler ce sont les promesses unilatérales de vente, d'achat, de louage, d'échange, etc. La promesse unilatérale de vente, en tant que contrat, est un contrat unilatéral, car elle ne comporte qu'une seule obligation, une seule partie est obligée ; donc, ainsi que l'observe M. Planiol (1), c'est bien mal à propos que tous les auteurs modernes se sont imaginés que l'article 1589 réglait les effets de la promesse synallagmatique de vendre ou d'acheter. L'acte qui porterait « je promets de vendre... je promets d'acheter » serait un contrat de

1. *Tome II*, 3^e éd., n° 1400.

vente mal qualifié. Si, pourtant, nous parlons des promesses de vente à propos des contrats synallagmatiques, c'est que nous ne les envisageons pas ici en elles-mêmes, mais dans le contrat synallagmatique de vente auquel elles servent de support. La vente, contrat synallagmatique, pour qu'elle puisse sortir d'une promesse de vente, contrat unilatéral, doit voir s'accomplir l'éventualité à laquelle elle est actuellement soumise : le consentement de l'une des parties.

Pour que le droit du vendeur contre son acheteur soit soumis à l'éventualité du consentement de ce dernier, il faut que la loi le permette, que le contrat, d'où sortira ce droit éventuel, soit licite.

Or, si certains auteurs, et même la jurisprudence jusque vers 1850, décidaient que la promesse unilatérale de vente n'a aucune force obligatoire, en partant de cette idée, fausse ainsi que nous l'avons vu, que l'article 1589 vise les promesses synallagmatiques de vente et d'achat, et que, partant, le Code en gardant le silence sur les promesses unilatérales, ces dernières doivent être annulées comme contraires à l'article 1174 (1), on est revenu aujourd'hui sur ces idées. Et, alors, qu'on soutienne avec M. Planiol que les promesses unilatérales sont visées par l'ar-

1. Merlin, *Répertoire*, au mot : *Vente*, § 7 n° 5 et *Quest. de dr.*, au mot : *Promesse de vente* ; Toullier, t. IX, n° 90 et 96 ; Cass., 21 déc. 1846, S. 47. I. 65 ; Cass., 12 juillet 1847. S. 48. I. 181 ; Cass., 9 août 1848. S. 48. I. 615.

ticle 1589, soit que l'on continue à dire que l'article 1589 vise les promesses synallagmatiques, mais qu'on ajoute immédiatement qu'il n'est pas besoin que le Code vise expressément les premières du moment que les principes généraux de droit ordonnent leur validité et que l'article 1174 est hors de cause en ce sens qu'il ne défend pas la condition purement potestative de la part du créancier, on valide incontestablement aujourd'hui les promesses unilatérales de vente, d'achat, etc. (1), et, par là, on reconnaît tout une série de droits éventuels quant à leur consentement.

116. A côté des promesses unilatérales de vente ou d'achat, de louage ou d'échange, la condition purement potestative peut affecter toute sorte de contrats synallagmatiques parfaits ou imparfaits : ouverture de crédit, contrat d'assurance, mandat, conventions innomés, etc.

117. Ainsi, comme développement des deux points précédents, il a été jugé que : l'engagement pur et simple, pris dans une convention par un des contractants, d'acheter une certaine quantité de marchandise est valable, quoique l'obligation de vendre ces mêmes marchandises, prise au nom de l'autre

1. Demolombe, t. XXV, n° 325 et suiv. ; Aubry et Rau, 4^e éd., t. IV, § 349, p. 333, texte et note 9 ; Colmet de Santerre, t. VII, n° 10 *bis*-4° ; Laurent, t. XXIV, n° 9 ; Guillouard, t. I, n° 81 ; Huc, t. X, n° 16 ; Baudry et Saignat, n° 63 ; Paris, 26 août 1847. S. 48. 2. 161 ; Bordeaux, 17 août 1848, S. 48. 2. 641 ; Cass., 22 janv. 1868. S. 68. 1. 293.

contractant par le mandataire de ce dernier, ait été subordonnée à la ratification du mandant (1); que la quittance souscrite par le créancier, sous la condition que le débiteur lui assurera certains avantages par son testament, n'est pas nul (2) : que l'on doit considérer comme valable l'engagement pris par une partie de vendre des immeubles à un individu, si celui-ci juge à propos de les acquérir (3); que l'engagement d'un ouvrier, qui devait être résilié si le patron se retirait des affaires, est valable (4); que la faculté, pour l'assureur, de réduire le montant de l'assurance n'annule pas l'engagement (5); de même, est valable un marché avec la faculté de dédit (6); de même, est valable un marché de travaux, sous la condition que le prix qui devait être fixé par un tiers paraisse convenable à l'acquéreur (7).

118. Nous avons vu, ci-dessus, qu'une obligation unilatérale ne pouvait être affectée d'une condition purement potestative; mais remarquons que ce principe ne s'applique que là où il n'y a réellement qu'une seule obligation, qu'il ne peut être vrai pour les contrats qu'on n'appelle unilatéraux que par un respect suranné du droit romain, comme par exem-

1. Cass., 11 mars, 1879. D. 81. 1. 34.

2. Cass., 2 juillet 1839. S. 39. 1. 975.

3. Amiens, 24 août 1839. S. 43. 2. 403.

4. Paris, 11 févr. 1887. D. 87. 2. 140.

5. Rennes, 24 juin 1871. D. 73. 2. 21.

6. Cass., 21 févr. 1878. D. 78. 1. 161.

7. Cass., 14 juillet 1869. D. 69. 1. 346.

ple : un prêt, une rente constituée. Ici il y a deux prestations : l'une passée, de la part du prêteur, l'autre future, de la part de l'emprunteur. Et il faut distinguer, dans la matière, la condition potestative apposée à l'obligation (je vous prête 100 francs, vous les rembourserez si vous voulez) qui annule le contrat, de la condition potestative apposée au contrat (je dépose chez vous un sac d'argent et je vous le prête pour un an si vous voulez) qui sûrement ne l'infirmes pas (1).

■
* *

119. Nous arrivons à une série d'hypothèses où la notion du droit éventuel n'aura plus un rôle innovateur, mais où elle expliquera, d'une façon plus scientifique, des résultats unanimement admis.

Il s'agit de l'époque de formation des contrats ; nous savons, en effet, que les contrats peuvent se former non pas seulement par un concours immédiat de volontés, mais qu'ils peuvent être le résultat d'une succession de volontés, un second consentement venant s'adjoindre au premier, longtemps après que ce dernier ait été donné ; c'est le cas des contrats par télégraphe, correspondance, etc. Primus fait une sollicitation, par lettre, à Secundus et l'invite à lui répondre, dans un délai de dix jours à partir de la réception de la lettre, s'il accepte ; le neuvième jour, Secundus répond à Primus qu'il accepte l'offre.

1. V. Demogue, *op. cit.*, I, p. 759.

Deux questions naissent : à partir de quel moment le contrat est-il formé ; quelle est la situation juridique des parties entre le moment de la réception de la lettre et le moment de l'acceptation.

120. Sur la première question, nous n'avons pas à insister ici ; si nous citons, par mémoire, les deux principaux systèmes en présence, celui selon lequel le contrat est formé dès le moment de l'émission de la volonté de l'acceptant et celui selon lequel le contrat n'est formé que lors de la connaissance de cette volonté par le pollicitant, c'est pour montrer que la situation antérieure à la formation du contrat, où nous voyons un droit éventuel, se prolongera plus ou moins longtemps, suivant que l'on admet l'un ou l'autre de ces deux systèmes.

121. Quelle est la situation juridique antérieure à la *formation* du contrat, alors que la pollicitation est faite à terme ?

Nous disons que le bénéficiaire de la pollicitation a déjà un droit avant son acceptation et que c'est un droit soumis à l'éventualité d'un consentement.

En effet, le propre des droits éventuels c'est que l'on est en face d'un droit né d'un acte juridique incomplet, ou, plutôt, à la suite de certains éléments, ayant une force par eux-mêmes, d'un acte juridique. Or, ce caractère du droit éventuel nous le trouvons dans le droit né d'une pollicitation, si l'on considère qu'elle ne peut être révoquée par le pollicitant dès

que ce dernier a fixé un délai exprès ou tacite (1).

Quoique ce droit éventuel puisse rarement se transformer en droit pur et simple par une acceptation de la pollicitation seulement, car très souvent la pollicitation ne sera que la base de longs pourparlers, il n'en est pas moins vrai que ce droit éventuel permettra à son titulaire d'exiger le maintien de l'offre.

On peut, à la vérité, remarquer que ce droit de maintenir l'offre, lorsqu'un terme a été stipulé, appartient à l'acceptant même sans lui reconnaître pour cela un droit éventuel. L'on sait que, pour arriver à ce résultat, Demolombe (2) proposa de distinguer entre l'objet principal de l'offre : le marché à conclure, et l'accessoire de l'offre : un délai pour réfléchir, et qu'il considéra comme tacitement accepté l'accessoire de l'offre ; de telle sorte, un contrat tacite quant au délai étant intervenu entre l'offrant et le bénéficiaire, le premier ne pourra plus impunément retirer la pollicitation.

Mais c'est justement pourquoi nous disions ci-dessus que la théorie des droits éventuels n'a pas ici un caractère innovateur ; elle explique, d'une façon plus simple et plus scientifique, croyons-nous, le résultat expliqué par Demolombe à l'aide d'une convention tacite, par René Worms à l'aide de l'obligation unilatérale (3).

1. V. Demogue, *op. cit.*, I, p. 763.

2. T. XXIV, n° 64 et 65.

3. *Volonté unilatérale*, p. 177.

Et remarquons, pour finir, l'étroite corrélation entre les trois thèses proposées : à mesure que la théorie classique donne plus de force à la simple pollicitation, à l'obligation unilatérale, on rapproche d'un droit éventuel l'avantage né de l'offre faite.

*
**

122. Puisque nous cherchons ici à déterminer la liste des droits éventuels quant à leur consentement, quelle que soit leur source, voyons ce qui se passe en matière de successions testamentaire et *ab intestat*.

Quand un legs est fait, nous savons que le légataire ne l'acquerra que par une acceptation tacite ou expresse ; donc, dès le jour du décès, le légataire a un droit soumis à l'éventualité d'une acceptation, c'est-à-dire de son consentement.

Et, ici, une remarque : à la différence du bénéficiaire d'une promesse de vente, le légataire a un droit éventuel sans avoir pris acte de l'avantage qu'on lui propose, indépendamment de sa volonté donc.

123. Qu'est-ce qui se passe dans le cas d'une succession *ab intestat* ? L'héritier est saisi *de plano* des droits du défunt ; mais comme il peut renoncer, comme, s'il n'accepte pas dans un délai de trente ans, il est considéré avoir renoncé, on ne peut dire de lui qu'il a déjà un droit pur et simple. Quel droit a-t-il ? Un droit soumis à quelle éventualité ? Si l'on admet le système de la jurisprudence, selon lequel un appelé

n'est héritier que s'il accepte (car, en somme, c'est à cela que se réduit la jurisprudence qui considère comme renonçant l'appelé qui n'a pas accepté une succession pendant trente ans), l'héritier a un droit éventuel, un droit soumis à l'éventualité de son acceptation; si l'on admet le système selon lequel l'appelé est immédiatement héritier, on dira que le droit de ce dernier est soumis à l'éventualité d'une renonciation.

*
* *

124. Avant de finir avec cette partie de notre étude, faisons plusieurs remarques destinées à éclaircir, autant que possible, nos développements antérieurs.

125. Nous avons supposé jusqu'ici que le contrat entier était soumis à une condition purement potestative; qu'arrivera-t-il quand une seule clause du contrat sera affectée d'une telle condition, par exemple: un patron engage un ouvrier et lui promet, en sus de son salaire, une participation aux bénéfices, s'il le juge convenable. La participation aux bénéfices sera nulle; mais le contrat continuera-t-il de valoir? C'est une question de fait: suivant que l'ouvrier a considéré ou non le tantième assez important, de telle sorte que ce soit ce dernier qui l'ait déterminé à s'engager chez ce patron plutôt que chez un autre, le contrat sera validé ou infirmé.

126. Avec la condition purement potestative, il ne

faut pas confondre le terme incertain. Ainsi que nous l'avons vu, la condition « quand je voudrai » est interprétée plutôt comme renfermant un terme incertain que comme une condition purement potestative. En conséquence, il a été jugé qu'une souscription réalisable quand le voudra le souscripteur, ou, en d'autres termes, que la promesse d'une somme payable quand celui qui s'engage le jugera opportun, ne constitue pas une obligation nulle, comme faite sous condition potestative, mais une obligation dont l'existence est définitive et dont le terme d'exécution est seul laissé à l'appréciation du débiteur (1).

127. A la condition suspensive, il faut assimiler la condition résolutoire et tirer, quant à cette dernière, les mêmes conclusions que ci-dessus. Donc, une condition résolutoire purement potestative de la part du débiteur, annulera un contrat unilatéral ; en échange, une telle condition pourra affecter un contrat synallagmatique. Par exemple : le contrat de vente peut stipuler, soit pour le vendeur, soit pour l'acheteur, la faculté de résoudre le contrat quand il voudra. Ainsi, on a jugé valable le bail indiquant que le locataire resterait dans les lieux tant qu'il lui plairait (2).

128. Néanmoins, ce principe comporte des exceptions :

1. Trib. Lyon, 28 mai 1870, *Monit. jud. Lyon*, du 23 fév. 1871.

2. Trib. de Lyon, 13 nov. 1886, *Monit. jud. Lyon*, 14 janv. 1887.

a) En matière de donations, la règle « donner et retenir ne vaut » interdit toute condition résolutoire dans ces contrats ; de même dans les testaments. Au contraire, les donations entre époux comportent nécessairement une condition résolutoire purement potestative (art. 1096).

b) La résolution au gré du vendeur est soumise à des restrictions organisées par les articles 1659 et suivants sur la vente à réméré.

c) L'article 1780 restreint le droit des parties de résilier à leur gré le contrat de travail à durée indéterminée.

II

Droits soumis à l'éventualité de l'existence de l'une des parties

129. Nous avons montré pourquoi nous pensions que l'une des parties figurant dans un acte juridique pouvait naître postérieurement à la réalisation des éléments capitaux du droit, et pourquoi, dans ce cas, il y avait, jusqu'au moment où le bénéficiaire de cet acte venait à naître, un droit soumis à l'éventualité de son consentement, c'est-à-dire de la naissance de cette partie. Dans quelles hypothèses pratiques cette idée trouvera-t-elle son application ? Nous disons : dans les fondations directes, dans les legs à personnes indéterminées, dans les stipulations pour autrui et dans la gestion d'affaires.

Fondation directe

130. Un testateur lègue tout ou partie de sa fortune à une œuvre non encore reconnue par la loi (fonctionnant ou non en fait à la mort du testateur, peu importe), qui donc n'a pas momentanément la personnalité morale ; ce legs vaudra-t-il ou sera-t-il annulé ?

131. Le problème qui, selon nous, pourrait être utilement et simplement résolu à l'aide de la théorie des droits éventuels met en jeu quantité de principes importants et débattus, de telle sorte qu'il nous semble nécessaire, dans l'intérêt de notre exposé, de prendre nettement position quant aux idées émises sur la matière. En effet, ce sont les critiques que ces idées soulèvent à nos yeux et l'utilité de donner pourtant satisfaction à des intérêts pratiques considérables qui motivent notre préférence de substituer, à ce qui est couramment accepté, une explication des fondations directes par la théorie des droits éventuels.

132. Idées générales. — On sait ce que l'on doit entendre par fondation testamentaire : « c'est une certaine masse de biens qu'un acte de dernière volonté a grevée à perpétuité, ou tout au moins pour une durée supérieure à celle d'une ou plusieurs géné-

rations, d'une affectation à un but d'utilité publique. » (1).

133. Si c'est d'une masse de biens qu'il s'agit, d'un patrimoine, il faut qu'il ait un maître qui l'administre dans l'intérêt du but poursuivi par le fondateur. Ce maître ne peut être une personne physique, car la vie éphémère de cette dernière ne peut s'accorder avec le caractère de perpétuité de la fondation ; ce maître devra être une personne morale (et c'est d'ailleurs cette utilité qui a motivé la création de la personnalité morale). Mais les personnes morales sont de deux espèces : personnes morales de droit privé et de droit public. Quant aux premières, il est certain qu'elles ne peuvent remplir le but exigé : le droit privé n'offre que la personnalité des sociétés commerciales et civiles, ainsi que celle des associations. Or, le propre d'une société commerciale ou civile, la réalisation de bénéfices, ne peut s'accorder avec le but des fondations ; quant à l'association, ou bien c'est une association non déclarée et alors elle ne peut posséder le moindre patrimoine (art. 2 de la loi du 1^{er} juillet 1901), ou bien c'est une association déclarée, mais non reconnue d'utilité publique et alors elle ne peut recevoir à cause de mort (art. 6 et 11 combinés de la même loi).

1. Henry Lévy-Ulmann et Paul Grunbaum-Ballin : *Essai sur les fondations par testament* (affaires de l'Académie des Goncourt et de l'hospice de Finestret), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, n° 2.

134. Il reste les personnes morales de droit public : l'État, les départements, les communes, les établissements publics ou d'utilité publique. Étant destinées à satisfaire les intérêts généraux de la société, ces personnes morales semblent devoir être les maîtres naturels des biens de fondation. Or, comme l'article 910 du Code civil et l'article 11 de la loi du 1^{er} juillet 1901 leur interdisent de recueillir des biens, en vertu d'un testament, sans autorisation administrative, la conclusion qui s'impose est que : la fondation est en France matière de droit public et il ne peut y avoir en droit français que des fondations de droit public (1).

135. Mais, au commencement du xix^e siècle, l'institution de la fondation de droit public était incertaine, les règles de droit public de même, la jurisprudence administrative, à ses débuts, ne présentait aucune stabilité ; les personnes de droit public étaient en nombre restreint, de telle sorte que le système de la fondation de droit public ne pouvait cadrer avec l'intérêt de la pratique : il était trop étroit. Telle personne ne savait pas à qui adresser sa libéralité pour que le but, auquel elle était affectée, fût réalisé ; telle autre voulait faire une donation à une œuvre qui n'existait pas et n'avait pas de représentant légal dans l'une des personnes morales de droit public

1. Cpr. Saleilles, note sous Dijon, 30 juin 1893. S. 94. 2. 185 et Lévy-Ullmann, art. précité, p. 259.

existantes ; telle autre se défiait d'une donation indirecte et aurait préféré pouvoir adresser la libéralité directement à l'institution visée. Pour donner satisfaction à ces multiples désirs des testateurs et pour ne pas entraver les dispositions gratuites, les jurisprudences administrative et civile collaborèrent et aboutirent : l'une à la fondation directe de droit public, l'autre à la fondation de droit privé à l'aide du legs à charge.

136 Jurisprudence administrative.—M. Tissier (1) décrit d'une façon détaillée et savante les moyens employés par la jurisprudence administrative afin de concilier, avec les principes de droit public, l'intérêt des donateurs et testateurs et de permettre, de la sorte, la réalisation des combinaisons les plus diverses. Tantôt le Conseil d'Etat compléta, par interprétation, la disposition contenue dans l'acte de dernière volonté en indiquant l'institution qui devait recevoir le legs et que le testateur n'avait pas indiquée. Tantôt le Conseil d'Etat rectifia la disposition testamentaire en substituant à une personne morale de droit public — indiquée par le testateur, mais que le principe de spécialité rendait incapable — la personne morale ayant la capacité voulue. Souvent cette substitution s'accompagna, dans l'acte administratif, d'une clause d'affectation particulière qui assura la complète réalisation de l'intention du tes-

1. *Dons et legs aux établissements publics.*

tateur, et on arriva ainsi à consacrer le mode de fonder « par legs à personne morale préexistante ». Enfin le Conseil d'Etat, prêtant au testateur l'intention d'avoir voulu employer ce procédé, arriva ainsi à considérer comme valables et susceptibles d'être autorisées les libéralités en faveur d'établissements publics non encore existants, ni en fait, ni en droit au jour du décès. Et, une fois arrivé là, une fois reconnue la possibilité de faire, par l'intermédiaire d'une personne morale existante, un legs à une œuvre encore inexistante, le Conseil d'Etat ne pouvait qu'arriver au point final de toute cette évolution : autoriser le legs *direct* à une personne morale non encore créée ! (1).

137. Jurisprudence civile. — Obéissant aux mêmes sollicitations de l'intérêt pratique, les tribunaux civils ont jugé à propos de permettre, en droit français, la réalisation de fondations de droit privé par le procédé bien connu et souvent décrit (2) *du legs à charge* : le testateur laisse toute sa fortune à un ami avec charge pour ce dernier d'employer les biens laissés à la réalisation d'un but indiqué (3).

1. *Notes de jurisprudence*, p. 257 (legs Gobert, 1885). — *Bull. des lois*, 1903, part. supplém., n° 3677, p. 889 (en rapport avec l'affaire Goncourt).

2. D. 93. 2. 1. et 94 1. 257, notes de M. Baudoine ; S. 70. 2. 145, S. 90. 1. 241, S. 95. 2. 1, notes de M. Labbé.

3. Voir, entre autres, les sentences et décisions que motivèrent la création de l'Académie Goncourt et l'hospice de

138. Antinomie et discussions. — Puisque l'intérêt de la pratique trouve complète satisfaction devant les tribunaux administratifs comme devant les tribunaux civils, n'importe par quels procédés, à quoi bon faire appel à la théorie des droits éventuels dans la matière ? D'abord, parce que le système du Conseil d'Etat sur la fondation directe de droit public n'est pas admis par la jurisprudence civile ; ensuite, parce que la légalité du procédé employé par les tribunaux civils, fondation de droit privée à l'aide du legs à charge, est vivement contestée.

Examinons donc, préalablement, les objections que soulèvent les procédés employés soit par les tribunaux civils, soit par les tribunaux administratifs et voyons ensuite si l'explication que nous proposons, l'application de la théorie des droits éventuels aux fondations, n'a pas l'avantage de satisfaire les exigences de la pratique, tout en écartant les objections d'ordre technique adressées aux procédés employés jusqu'ici.

Finestret, dont parlent avec détails MM. Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin dans l'article précité de la *Revue trimestrielle* : quant à la première affaire, le jugement rendu par la 1^{re} Chambre civile du tribunal de la Seine, sous la présidence de M. Baudouin, le 5 août 1897 (dans *Gaz. des Trib.*, 7 août 1897 ; *Gaz. du Pal.*, 97. 2. 456 ; J. *La Loi*, 8-10 août 1897), et la décision de la Cour de Paris (dans *Gaz. des Trib.*, 19 mars 1900 ; *Gaz du Pal.*, 1900. 1. 608 ; J. *La Loi*, 7 mars 1900) ; quant à la seconde affaire, le jugement du tribunal de Prades du 24 janv. 1899 (dans *Gaz. des Trib.*, 28 avr. 1899), et l'arrêt de la Cour de Montpellier du 23 avr. 1900 (dans D. 1902. 1. 425 sous Cass.).

139. Critique de la jurisprudence civile. —

1° La première objection qu'on ait adressée au système de la fondation privée par legs à charges est que, en validant les dispositions testamentaires qui, tout en contenant une institution de legs universel, absorbaient par la charge imposée l'entier émolument de legs, la jurisprudence voyait un légataire universel là où il n'y avait qu'un simple exécuteur testamentaire. A cela, la jurisprudence a répondu que ce qui caractérisait le legs universel ce n'est pas la certitude d'un émolument, mais la vocation au tout (1).

Mais la réponse n'a pas paru décisive, car on a continué à objecter (2) que ce qui constitue l'essence du legs c'est, chez le testateur, *l'animus donandi*, chez le gratifié, l'intention de s'enrichir. C'est sur ce double principe que repose, en effet, la jurisprudence qui annule pour absence de cause, d'intention libérale, les legs dont la cause impulsive et déterminante est une charge impossible à réaliser et celle qui refuse de voir un acte à titre gratuit dans les libéralités où la charge absorbe tout l'émolument (3).

1. Cass. civ., 5 juill. 1886. S. 90. 1. 241. — Cass. Roumaine, 2 mars 1892, S. 92. 4. 17, dans l'affaire Kalindéro-Ottételi-chéano ; puis les sentences et arrêts précités dans l'affaire de l'Académie Goncourt et de l'hospice du Finestret.

2. Geouffre de Lapradelle, *Fondations perpétuelles*, 1896, p. 127.

3. Caen, 9 juillet 1894. S. 96. 2. 281, avec la note de

2° On a ensuite reproché au système de la jurisprudence qu'il recèle une substitution prohibée, car c'est le testateur qui dispose à la place du légataire quant à la manière dont ce dernier devra user du bien légué. Et l'on ne peut soutenir que le légataire universel est un simple intermédiaire non gratifié, sans se mettre en contradiction avec le point de départ de la théorie : la qualité de légataire véritable revendiquée pour l'intermédiaire (1).

3° On a encore fait remarquer que le procédé du legs à charge violait l'article 911 du Code civil : le légataire *sub modo* est une *personne interposée* qui a pour mission de transférer, d'une façon indirecte, à des incapables des biens que l'on ne pouvait leur transférer directement. A cela, la jurisprudence répond habituellement qu'il n'y a personne interposée que là où quelqu'un reçoit *en dépôt* des biens à transférer à un incapable et non pas là où il les reçoit en pleine propriété (2) ; et la Cour de cassation considère l'appréciation du fait s'il y a ou non personne interposée comme appartenant souverainement aux juges du fond (3). Mais la doctrine n'a pu s'accommoder de cette théorie : elle déclare l'article 911 inutile si on n'appliquait la présomp-

M. Wahl ; Montpellier, 8 mai 1899, *Mon. jud. du Midi*, 25 juin 1899.

1. Lévy-Ullmann, *op cit.*, p. 263.

2. Cour d'Amiens, 16 février 1893. S. 93. 2. 253.

3. Cass., 6 nov. 1888. S. 90. 1. 241.

tion de personne interposée de l'alinéa 2 qu'aux détenteurs précaires, qu'à ceux que les parties ont désignés, en ne leur accordant pas la propriété, comme tels. L'article 911, ainsi qu'il est surtout corroboré par l'article 1100 (1), ne peut viser que ceux qui recueillent *en pleine propriété* les biens légués ; et, de la sorte, l'application de l'article 911 peut donner lieu à une erreur de droit, dont la Cour suprême ne peut raisonnablement se désintéresser (2).

4° On a encore reproché au système de la jurisprudence de distinguer *la charge du legs*. La Cour de cassation laissant aux juges du fait le soin de distinguer quand il y a legs ou quand il y a charge (3), les Cours d'appel ont, suivant les circonstances, tantôt validé la fondation comme s'agissant d'une simple charge, tantôt annulé l'institution comme renfermant un legs à une personne inexistante. Mais la doctrine (4), partant des principes établis, voit ici une question de droit : la charge ne peut consister que dans une obligation de faire ; dès que l'on impose la charge *de donner*, il y a legs à titre universel (art. 1010 et 1611 du C. civ.) ou legs à titre particulier (art. 1014 et suiv.) ; et, alors, la distinction

1. Cet article a trait aux donations faites par l'un des époux aux enfants d'un premier lit ou aux parents de son conjoint.

2. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 265.

3. Cass., 27 juin 1899. S. 901. 1. 271.

4. Tissier, *op. cit.*, I, p. 201 ; Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 265-266.

de la jurisprudence est inopérante et ne peut légitimer le procédé usité.

Au surplus, M. Geouffre de Lapradelle (1) a fort bien montré qu'il s'agit, dans les articles 901 et suivants, non pas d'une incapacité de recevoir *par legs*, mais d'une incapacité de recevoir *par testament*.

5° Enfin, la jurisprudence civile est critiquée dans ses résultats: elle crée la mainmorte sans autorisation administrative !

Car, en somme, c'est à cela que se réduit la reconnaissance, par les tribunaux, d'œuvres, d'institutions, qui, sans avoir la personnalité civile, sans solliciter de l'Administration aucune autorisation, sans se soumettre à son contrôle, subsistent en poursuivant, au moyen de ressources provenant de libéralités testamentaires, un but d'intérêt général (2) ! Et l'on ne peut parler de *liberté* dans la matière : en droit français « la dernière volonté de l'homme ne peut, à elle seule, s'imposer qu'aux survivants immédiats, si louable que soit la pensée qui l'inspire; elle doit, pour soumettre à sa contrainte une série de générations, obtenir l'assentiment de la nation tout entière représentée par l'autorité publique » (3).

140. Critique de la jurisprudence administrative. — Le procédé de fondation par legs à personne morale préexistante, alors que le bénéfi-

1. *Op. cit.*, p. 135-149.

2. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 266 et suiv.

3. *Ibidem*.

ciaire de la libéralité est une autre personne morale publique déjà reconnue ou un organisme administratif secondaire inconnu au droit civil, n'encourt pas les mêmes reproches que le legs *sub modo*, car on ne peut raisonnablement parler, dans la matière, de légataire fictif sans émolument, de substitution prohibée, de personnes interposées ou d'incapacité du bénéficiaire de l'acceptation (1). On rencontre pourtant une objection presque insurmontable, lorsque le bénéficiaire de la fondation par legs à personne morale préexistante ou celui d'une fondation directe de droit public, est *inexistant* au moment où le testament produit ses effets : la libéralité est acquise à des personnes futures, en violation de l'article 906 qui interdit toute succession au profit de personnes non encore conçues !

Lorsque la Cour de cassation (2) repousse le système de fondation directe de droit public autorisée par le Conseil d'Etat, en décidant qu'« un acte postérieur d'autorisation ne peut rétroagir à une époque antérieure au décès et priver les héritiers légitimes de droits à eux acquis par le fait même du décès », elle paraît avoir pour elle un argument de premier ordre : le défunt a cessé d'être propriétaire le jour du décès ; la fondation n'a pu posséder que du jour où elle a été érigée en personne morale ; *il y a donc*

1. Lévy-Ulmann, *op. cit.*, p. 273 et suiv.

2. Cass., 12 avril 1864 et 14 août 1866 dans S. 64.1.153 et S. 67.1.61.

une période intermédiaire où les biens sont restés sans propriétaire !

141. Pourtant, des auteurs ont cherché à légitimer, en droit, la jurisprudence du Conseil d'Etat.

On avait admis, l'on sait, d'abord, que lorsque l'institution bénéficiaire du legs existait en fait et qu'il n'y avait pas d'opposition de la part des héritiers naturels, puis, ensuite, dans tous les cas, que la reconnaissance légale rétroagissait au jour de l'ouverture de la succession et qu'ainsi le legs étant valable son acceptation devait être autorisée. On s'appuie, pour légitimer ce résultat, en premier lieu, sur l'exemple donné par le législateur lui-même dans l'article 111 § 2 de la loi du 5 avril 1884 (legs à un hameau ou quartier d'une commune), ensuite, sur la théorie de la *conception civile* (1), c'est-à-dire sur la transposition, dans le domaine du droit public, de l'article 906, qui permet aux enfants non encore nés, mais conçus, de succéder : le moment où l'institution commence à fonctionner en fait serait celui de la conception civile de la personne morale ; le moment de l'autorisation gouvernementale celui de la naissance. La justification ne peut être sérieuse : cette argumentation métaphorique, ces comparaisons forcées, ne peuvent valoir des raisons qu'alors qu'on pourrait prouver qu'il y a dans les deux cas

1. Baudry et Colin, *Donations*, I, N^{os} 335 et suiv. — Jacquier, *Des congrég. rel.*, p. 251 et suiv.

situation identique. En effet, pour être logique jusqu'au bout, on devrait, comme on l'a maintes fois observé, assimiler le rôle du Conseil d'Etat préparant une reconnaissance de personnalité morale à celui d'une sage-femme !

142. D'ailleurs, l'explication par la *conception civile*, si elle était exacte, ne saurait justifier la rétroactivité de la reconnaissance que pour les institutions ayant une existence en fait au décès du testateur. Or la pratique administrative n'exigeant, pour autoriser une fondation testamentaire, que ; a) *une initiative émanant d'une personne morale ou d'un particulier* ; b) *des ressources suffisantes* ; c) *la consécration gouvernementale*, arriva à permettre de faire des libéralités à une institution *inexistante même en fait* au jour du décès, en décidant que l'autorisation rétroagirait au jour du décès même !

Pour expliquer ce nouveau résultat, il est évident que la théorie de la *conception civile* était trop étroite ; on imagina donc une autre explication. On a dit qu'il y avait ici « un legs à une entité sous condition que celle-ci soit reconnue par le gouvernement. Or la libéralité en faveur d'un ami, sous une condition qui est déjà accomplie au jour du décès ou dont l'accomplissement est possible après le décès, est valable incontestablement ; il en sera de même du legs fait à une entité susceptible d'être reconnue légalement, sous condition que cette reconnaissance légale ait été obtenue ; dans un cas comme dans

l'autre, la condition accomplie rétroagit au jour du décès » (1). Mais cette explication ne peut non plus nous satisfaire : il manque ici plus qu'un élément accidentel pour qu'on puisse parler de rétroactivité, il manque le bénéficiaire même du legs ! D'ailleurs, avec un tel raisonnement, on devrait pouvoir léguer un bien à un enfant qui ne naîtrait que de longues années après le décès du testateur (2).

143. Constatation. — Ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, aucun des procédés employés pour réaliser les fondations testamentaires directes de droit public ou privé en France n'est exempt de sérieuses critiques ; c'est pourquoi nous croyons devoir examiner le problème à une lumière nouvelle, celle qui est offerte par les droits éventuels.

144. Application de la théorie des droits éventuels. — La base de toutes les critiques adressées à la jurisprudence administrative, et que la jurisprudence civile a voulu écarter par un procédé autrement critiquable, est que : entre le moment du décès et celui de la prise en possession des biens par la fondation, il y a une période intermédiaire pendant laquelle les biens n'ont pas de propriétaire.

145. Mais à bien observer les choses, il s'agit là d'un fait coutumier, facile à constater : toutes les fois qu'une succession s'ouvre, il y a, entre le

1. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 279.

2. Demogue, *op. cit.*, I, p. 780.

moment du décès et la prise en possession, une période intermédiaire où les biens n'ont appartenu à personne !

Cela est tellement vrai, que les législations les plus soucieuses de la technique juridique ont cherché à remédier à l'atteinte, que faisait aux principes admis, la réalité des faits, par des procédés, par des constructions abstraites, qui ne sauraient tromper personne sur leurs but et portée.

Ainsi, le droit romain nous offre la théorie de l'*hereditas jacens* pour expliquer qu'il ne peut y avoir interruption dans la possession des droits du défunt, entre le moment du décès et celui de l'adition d'hérité : le défunt était censé se survivre jusqu'au moment de l'adition ! Mais qui peut être dupe d'une pareille explication ? Il saute aux yeux qu'on se trouve en présence d'une simple fiction, qui veut cacher, mais qui ne parvient pas à le faire, la réalité : les biens du défunt sont restés sans maître pendant un certain temps !

Le droit moderne, s'il ne recourt pas au même moyen, emploie toujours la fiction ; la rétroactivité de l'acceptation ou de la renonciation (art. 777 et 785 du C. civ.). Mais qui ne sait que la rétroactivité est une simple subtilité juridique, en vue de réaliser un but pratique ; qui ne tirera pas, de l'article 777, la conclusion que, si l'acceptation de l'héritier rétroagit au jour du décès, c'est qu'il n'y a pas eu, en fait, entre

le jour du décès et celui de l'acceptation, un titulaire réel des droits et biens du défunt !

146. Il y a là antinomie évidente entre la réalité des choses et notre technique juridique, et c'est pour cela qu'on cherche et qu'on a cherché à concilier l'un et l'autre par des moyens d'imagination, par des fictions ! Mais les fictions doivent être prises pour ce qu'elles sont : on ne doit jamais en faire des arguments contre des solutions, qui, ailleurs, ont pour mission de donner satisfaction à tel intérêt considérable de la pratique. Et, avant tout, pourquoi y a-t-il, en quoi consiste-t-elle, cette antinomie entre la réalité des faits et notre technique juridique ? Parce que, dit M. Demogue, dans sa belle étude (1), on se figure « que tant qu'un droit n'est pas éteint par un des procédés qui lui sont propres, il doit vivre avec tous ses caractères, reposer continuellement sur la tête d'un titulaire » ; c'est ce que l'auteur appelle « le principe de la conservation des droits ».

Nous dirions volontiers qu'il y a là plutôt une répercussion de la manière dont on conçoit la théorie des obligations, partant, des droits personnels et réels, puisque ces derniers, ainsi que nous le verrons, sont d'essence identiques aux premiers.

146. L'obligation — ainsi que nous la révèle la tradition romaine — est considérée comme un lien subjectif, comme un rapport entre des personnes

1. *Op. cit.*, I, p, 780.

déterminées, de telle sorte que l'on ne puisse changer les personnes figurant dans le rapport sans changer le rapport lui-même. C'est la notion subjective de l'obligation, qui, si on la conçoit d'une façon absolue, est propre aux sociétés peu avancées. Ainsi, l'on sait que, à l'origine, les obligations n'étaient pas transmissibles aux héritiers; et la première brèche à cette façon de voir les choses fut faite lorsque l'on permit la succession à cause de mort quant aux droits personnels. Une fois admise l'idée que l'une des parties du rapport juridique pouvait être remplacée par ses héritiers, on dut arriver à permettre de substituer, par convention, une personne à la place d'une autre : *la cession de droits*. Mais cela ne se fit pas en une fois, et l'on sait après quelle lente évolution le droit romain permit à peine la *cession de créances*, tandis que la cession de dettes, en tant qu'institution légale, n'existe pas même aujourd'hui en France.

147. L'évolution par petites étapes, que subit la conception romaine des obligations, trouve son point final dans les idées nouvelles qui ont cours actuellement en Allemagne et qui, croyons-nous, se généraliseront bientôt et utilement pour tous : l'obligation est conçue d'une façon objective, elle n'est plus envisagée dans les personnes qui figurent dans le rapport juridique, mais *dans le contenu du rapport même* ! Et, alors, la conclusion qui s'impose est la liberté de céder, non pas seulement le côté actif de l'obligation, *la créance*, mais encore le côté passif,

la dette. C'est là le fondement de la *Schuldübernahme* allemande, si souvent décrite.

148. Si c'est au point de vue de la cession de dette qu'on se place généralement, lorsque l'on constate la transformation du caractère juridique de l'obligation, son caractère objectif actuel, nous envisageons ici ce problème à un autre point de vue, nous voyons l'idée nouvelle féconde en d'autres conséquences pratiques, en dehors de la cession de dette.

149. Affirmer l'exactitude de la conception objective de l'obligation, c'est affirmer l'existence de cette dernière, sa persistance, si l'on aime mieux, même alors qu'une interruption se fait dans la succession des personnes entre lesquelles elle figure. En effet, si la considération des personnes qui figurent dans le rapport juridique est sans intérêt, si ce que l'on doit envisager est le rapport en lui-même, son contenu, on devra dire que, dès qu'en fait le respect du rapport est obtenu, par un procédé ou par un autre, dès que l'existence objective de l'obligation est assurée, l'obligation existe, même si le créancier fait actuellement défaut. Le titulaire, la personne, apparaît dans la conception objective de l'obligation comme l'organe qui vivifiera le lien de droit, mais non pas comme la condition de la persistance de l'obligation, qui se maintiendra même sans cela, sûrement à l'état latent.

150. Mais, pourrait-on objecter, le droit n'existe

que pour les personnes ; en dehors d'elles il n'y a ni biens, ni obligations ; donc, l'obligation sans personnes à l'appui, c'est le néant juridique. Nous répondons : l'objection porterait si nous disions qu'il y a lien obligatoire sans qu'aucune des deux personnes, figurant comme parties, n'existe ; mais nous disons seulement que l'obligation *continue* d'exister à l'état latent, alors que l'une des parties, le débiteur, existe, que le contenu du droit est constant et bien que le créancier n'existe pas pour le moment. La naissance du créancier n'aura pour effet que de ramener à vie une obligation existant déjà à l'état latent.

Toute la différence entre notre manière de voir et la conception classique réside donc dans ceci : tandis que cette dernière exige l'élément subjectif, personnel, non pas seulement pour la naissance d'un droit, mais encore pour sa persistance, nous n'exigeons le fondement personnel de l'obligation que pour sa naissance, et nous admettons que, pour la persistance de cette dernière, il n'est pas besoin qu'il existe, moment par moment, d'une façon aussi complète qu'au commencement ! Et c'est une question de fait que de rechercher si l'élément personnel, nécessaire à ce que l'obligation soit vivante, a fait trop longtemps défaut pour qu'on puisse, dire qu'elle s'est éteinte !

151. Précisons : je dois à Primus la somme de 500.000 francs ; Primus meurt après avoir légué ces 500.000 francs à un institut de sourds-muets à *créer*.

A supposer que l'institut ne voie le jour que cinq ans après la mort du testateur, il est évident que je ne suis pas moins débiteur, à cette époque, de 500.000 francs, que je l'ai été pendant toute cette période. Et alors, à quel titre refuser le droit de toucher cette somme à l'institut nouvellement créé ?

Parce que son droit de créance contre moi ne s'est pas juxtaposé immédiatement à celui de Primus, au moment de son décès ? Mais cela a-t-il empêché, pendant les cinq ans, que ma dette existât envers Primus ou ses ayants causé ? Et alors, n'est-ce pas plus logique et plus conforme à l'intérêt de la pratique de dire : le droit de créance a existé à l'état latent pendant cinq ans, et n'attendait, pour son exécution, que l'arrivée d'un titulaire, qui, dans notre exemple, est l'institut fondé !

152. La conclusion de cette argumentation ne peut être que l'excellente observation pratique de M. Demogue (1) :

« Un droit est comme un être vivant, il a ses périodes d'expansion, de puissance, ses moments de crises, de sommeil, il apparaît parfois incomplet, sans puissance. Quand on observe un droit de propriété dans les moments de crise que subit le patrimoine, succession, faillite, liquidation, on voit qu'en fait, il se produit toujours une certaine période où la propriété est immobilisée, où il ne peut en être fait un com-

1. *Op. cit.* p. 781.

plet usage. Il y a ainsi un temps où la propriété est dans une période d'attente, où l'on ne fera sur elle que des actes d'administration, souvent des actes conservatoires. Cela est si vrai qu'il suffit, lorsqu'une succession est vacante, qu'un curateur soit nommé pour conserver et liquider le patrimoine. S'il en est ainsi, si, en fait et forcément, qu'on le veuille ou non, la propriété, le patrimoine entier, passe par cet état spécial, et si une simple administration suffit pour parer à tout inconvénient, pourquoi vouloir à toute force trouver, même après, quelqu'un sur la tête de qui repose ou est censé avoir reposé la propriété ? Est-il utile de se donner le plaisir de dire : il y a toujours eu un propriétaire, quand le langage courant lui-même, fidèle observateur des faits, nous indique qu'il y a une situation spéciale « une affaire en liquidation », « une succession qui n'est pas réglée ? »

153. Nous avons parlé jusqu'ici des obligations, de leur caractère objectif moderne, et c'est de ce dernier que nous avons tiré argument pour soutenir qu'il peut y avoir un droit sans titulaire momentané ; mais ce raisonnement vaut-il aussi pour les droits réels ? En effet, à la rigueur, on peut concevoir que, tant que le débiteur existe et se trouve légalement obligé, le droit du créancier qui viendra à naître ait déjà une existence latente, tandis qu'on ne peut aussi facilement concevoir qu'un droit de propriété, droit direct sur une chose, existe en dehors de son titulaire. Où y a-t-il ici l'élément correspondant à l'obli-

gation dans le droit personnel ? La chose en elle-même, sans élément obligatoire à la charge d'une personne, n'est-ce pas le néant juridique ?

L'analyse scientifique du droit réel, telle que l'a faite M. Planiol (1), a prouvé que le droit réel est de nature identique avec le droit de créance. En effet, définir le droit réel comme un rapport de fait entre une personne et une chose, c'est le confondre avec la possession ; le définir comme un rapport de droit entre une personne et une chose, c'est absurde, car, par définition, les droits et les obligations ne peuvent exister qu'entre personnes ; si donc il faut, comme dans le droit de créance, chercher l'élément passif du droit réel à la charge de personnes, on le trouvera dans la société entière qui est, par rapport au titulaire, tenue d'une obligation universelle de ne pas faire. On définira donc le droit réel comme étant un rapport juridique entre une personne, titulaire actif du droit, et la société entière, sujet passif, en vertu duquel cette dernière est tenue d'une obligation universelle de ne pas faire, de ne pas troubler le titulaire dans l'exercice de certains actes, légalement permis, sur une chose.

Et alors, pour que cette obligation passive universelle, c'est-à-dire les droits réels du défunt, se soutienne, il ne faut qu'un administrateur pour en assurer le respect. De la sorte la succession peut

1. T. 3^e éd. I. n^o 2610 et suiv.

attendre que les appelés se présentent : c'est ce qui explique l'usage fréquent des exécuteurs testamentaires dans les fondations.

154. La conclusion de ce qui précède est que l'on ne peut tirer argument, à aucun point de vue, du fait que, pendant une période postérieure au décès, les biens du défunt n'ont pas eu de maître, pourvu qu'ils aient eu un administrateur : les droits ne doivent pas forcément avoir un *titulaire* à chaque instant de leur existence.

155. Nous avons dit que, en raison, les droits pouvaient exister sans titulaire, pendant des intervalles plus ou moins longs ; mais nous avons une technique juridique, c'est-à-dire des notions fondamentales de droit, destinées à coordonner le matériel juridique, à le faire susceptible d'être l'objet d'une science, et, si nous pouvons écarter telle proposition technique comme inexacte (ainsi que nous l'avons fait pour la thèse que les biens ne peuvent rester sans maître), nous devons du moins concilier la proposition que nous offrons comme exacte à la place d'une autre avec le reste des notions fondamentales acceptées en bloc. Nous avons dit que les droits avaient des phases d'expansion ou de somnolence, suivant qu'ils avaient ou non un titulaire ; si les droits qui jouissent de toute leur puissance sont des droits purs et simples, quelle est la nature des droits à l'état latent, des droits sans titulaire actuel ?

Poser la question c'est la résoudre : les droits à l'état latent, les droits qui sommeillent, parce qu'ils n'ont pas momentanément un titulaire, *sont des droits éventuels*. En effet, l'élément capital du droit existe sans doute possible : l'obligation unique, dans les droits personnels, l'obligation universelle passive, dans les droits réels ; l'objet existe aussi. Qu'est-ce qui manque au droit pour être pur et simple ? Le créancier ! Voilà donc des droits soumis à l'éventualité de l'existence de l'une des parties : les droits d'un défunt, pendant la période qui suit jusqu'à l'acceptation de la succession, en sont le premier exemple typique.

156. S'il y a des droits éventuels quant à l'existence de l'une des parties, le droit de fondation directe s'impose, mais le droit de fondation *par testament* seulement ; la fondation par donation ne pourra se faire que par une libéralité adressée à un établissement existant déjà. Personne n'a d'ailleurs songé à permettre à un donateur d'instituer donataire un établissement qui n'existe encore qu'en fait ou qui n'existe pas même en fait.

Ensuite, notre explication justifie, non pas seulement la fondation directe, mais encore la fondation par legs à charge, seulement elle rend cette dernière inutile. Le légataire à charge est, quoi qu'on dise, un exécuteur testamentaire, l'administrateur destiné à faire respecter les droits du défunt pendant leur phase de somnolence. Il n'est légataire universel qu'éven-

tuellement, c'est-à-dire dans le cas où la fondation ne peut être créée, et cela seulement si l'on peut constater, en fait, que l'intention du testateur a été de l'instituer légataire, de le préférer aux héritiers de sang, alors que la réalisation de la fondation serait impossible. Et, de la sorte, on ne peut plus parler de légataires sans émolument, d'interposition de personnes, de substitutions prohibées, de confusion du legs avec la charge ! C'est ainsi que nous arrivons à vérifier l'exactitude de notre allégation : la théorie des droits éventuels appliquée à la matière des fondations concilie seule l'intérêt pratique avec les principes du droit, tels que les déterminent leur analyse scientifique.

157. L'explication des fondations par la théorie des droits éventuels doit être nettement séparée d'autres explications connexes, notamment celles par la volonté unilatérale source d'obligations et celles des patrimoines affectés à un but déterminé, *Zweckvermögen*.

158. Du moment que l'application de la théorie des droits éventuels aux fondations ne se propose d'expliquer que la raison pour laquelle *les droits* du défunt, c'est-à-dire les obligations d'autrui, peuvent subsister quelque temps sans sujet, et non pas aussi celle de la persistance des obligations du défunt sans sujet passif à l'appui — car les obligations du défunt passeront à sa mort immédiatement sur son patrimoine, indépendamment de la question de savoir

si ses droits ont déjà un sujet — on pourrait dire que les droits du défunt persistent, continuent de vivre par la seule volonté des débiteurs de ce dernier ! En effet, du moment qu'il y a, pour certains auteurs, obligation dès qu'il y a volonté de s'obliger, du moment qu'il n'est pas besoin d'un créancier pour qu'une obligation prenne naissance, d'autant plus une obligation, qui a été complète à un moment donné, pourra-t-elle subsister après la disparition provisoire de son créancier. Donc la fondation directe doit être validée pour ce motif que la continuation du défunt n'est pas nécessaire au point de vue dette, et qu'elle ne l'est pas non plus au point de vue créance, ces dernières pouvant subsister par la seule volonté de ses débiteurs. Mais remarquons : pour que cette explication des fondations directes vaille, il faudrait admettre comme indiscutable que l'obligation peut naître d'une volonté unique, ce que nous ne pouvons faire. Et l'un des mérites de la théorie des droits éventuels est justement celui d'expliquer la persistance d'un droit sans titulaire actuel, sans avoir pour cela besoin de recourir à la volonté unilatérale : en effet, elle suppose que les droits, actuellement sans sujet, sont nés *d'un accord de volontés*.

159. L'explication des fondations directes par les droits éventuels ne se confond-elle pas avec la théorie des patrimoines d'affectation ? On sait ce qu'il faut entendre par là : des universalités juridiques

appartenant à leur propre destination et qui n'ont aucun sujet, ou plutôt dont le sujet est leur affectation même. Ce fut Brinz, dans ses *Pandekten* (1), qui développa d'abord cette thèse, qu'il chercha d'ailleurs, mais sans succès, à greffer sur certains textes du Digeste ; et ce fut Bekker, spécialement dans l'étude publiée en 1873 dans la *Revue d'Ihering* et intitulé : *Zur Lehre vom Rechtssubject*, qui assumait la tâche d'assigner un fondement philosophique et juridique à la théorie de Brinz (2). Or, reconnaître qu'un patrimoine peut, sans inconvénients, manquer de titulaire, n'est-ce pas reconnaître qu'un patrimoine peut exister dès qu'une affectation précise est donnée à une masse de biens ? Nous ne le pensons pas. Ceux qui proposent la théorie du *Zweckvermögen* considèrent que le sujet d'une universalité de biens peut être soit une personne, soit un but (d'où l'opposition entre le *Personenvermögen* et le *Zweckvermögen*). Or, nous n'admettons pas, dans la technique actuelle de la science juridique française, que des droits puissent exister autrement qu'au profit d'une personne, que des biens puissent ne pas appartenir à un maître tout en constituant une universalité

1. I, §§ 59 et suiv., et III, §§ 432 et suiv.

2. Une littérature entière s'est formée sur ce sujet ; voir dans l'excellente thèse de M. Plastara, *La notion juridique du patrimoine*, Paris, 1905, le relevé complet des idées émises sur la matière, ainsi que les critiques qu'elles ont soulevées.

juridique. Et cela, non pas à cause d'un esprit conservateur à outrance : nous reconnaissons volontiers que la construction allemande des *Zweckvermögen* est un terme d'évolution à atteindre. Mais nous pensons que toute construction théorique spéciale ne doit être appréciée que par rapport à la technique juridique générale du milieu où l'on veut la faire aboutir. Ainsi, il est incontestable que la science juridique française a pour base la personnalité, et rien que la personnalité, comme sujet du rapport de droit ; nous dirions volontiers d'elle, comme Ihering l'a fait pour le droit romain, qu'elle est anthropotechnique, c'est-à-dire qu'elle considère l'homme comme centre des avantages juridiques. Et, alors, pour donner satisfaction aux besoins pratiques qui exigent le droit de fondation directe, il nous semble devoir trouver une construction abstraite qui, tout en satisfaisant cet intérêt pratique, ne contredise pas les notions fondamentales de la science juridique française *actuelle*. Or, si le système du *Zweckvermögen* nous semble un bouleversement dans la technique générale du droit français, l'explication des fondations directes, par la théorie des droits éventuels, nous semble respecter cette technique, *car elle ne renonce pas à la personnalité comme sujet de droit !* En disant que les droits peuvent subsister temporairement sans titulaire, nous entendons *qu'une personne* devra, le plus tôt possible, en devenir titulaire, nous n'admettons pas que le but de la fon-

dation deviendra immédiatement sujet de ce patrimoine. Et, en disant qu'un droit peut rester *temporairement* sans sujet, nous ne faisons, tout en nous fondant sur le caractère objectif de l'obligation moderne, qu'appliquer une idée révélée par le Code, notamment qu'un acte juridique ne doit pas produire immédiatement ses effets, qu'il peut, comme le dit fort justement M. Planiol quelque part (1), attendre son objet comme son sujet.

160. A cette justification de la fondation directe, par l'existence de droits soumis à l'éventualité de la naissance de l'une des parties, M. Demogue oppose certaines objections, qu'il combat d'ailleurs immédiatement.

Reconnaître le droit pour une fondation, directement créée par le testateur, de ne naître que longtemps après sa mort et de recueillir les biens légués, ne peut se faire sans fixer un délai dans lequel la personnification de la fondation s'accomplisse ; autrement, c'est se heurter à une difficulté de fait incontestable. C'est pour arriver à ce résultat que le Code a, ailleurs, établi un système — imparfait comme on le sait — pour abrégier l'attente : l'article 906 dispose que l'on ne peut être héritier que si l'on naît au plus tard le trois-centième jour après l'ouverture de la succession ; l'article 797 permet de poursuivre l'héritier qui ne prend pas qualité assez vite.

1. T. II, 3^e éd. n° 1242.

Et M. Demogue, après avoir reconnu que ces délais ne peuvent être transportés dans la matière, conclut que la personne morale bénéficiaire du legs doit se constituer dans un délai bref pour être admise dans sa demande de délivrance, et que c'est une question de fait, que les juges apprécieront, que de voir si le délai employé a été trop long, pour que, l'incertitude ayant trop duré, la demande de la personne morale soit rejetée.

161. Evidemment, la personne morale ne peut être contrainte à se constituer dans un délai de trois cents jours, par analogie de la disposition de l'article 906 : ce serait toujours une conséquence de la théorie dite de la *conception civile*, que nous avons repoussée comme inacceptable. Mais les principes généraux qui règlent la matière du parti à prendre par un héritier, l'article 789 qui permet à l'héritier d'accepter ou de renoncer à une succession pendant trente ans à partir du décès, pourquoi ne trouveraient-ils pas leur application ici ? Pourquoi ne pas en conclure que la personne morale doit se constituer et doit accepter le legs dans un délai de trente ans à partir du décès ? M. Demogue excipe l'intérêt pratique ; mais l'argument ne peut valoir, car, ainsi que nous allons le démontrer, c'est le droit commun, mieux que tout autre, qui donne satisfaction aux besoins pratiques. En effet : à qui peut nuire la lenteur plus ou moins grande avec laquelle une per-

sonne morale se constitue ? *Rien qu'aux créanciers du défunt !*

A la vérité, si les droits du défunt, partant, les obligations d'autrui, peuvent sans préjudice rester à l'état latent pendant plus ou moins longtemps, peuvent être soumis à l'éventualité de la naissance d'un créancier, les obligations du défunt ne peuvent être soumises à l'éventualité de la naissance d'un nouveau débiteur le remplaçant, sans nuire aux tiers. Aussi, ne nous sommes nous occupé ci-dessus, en parlant des fondations directes, que des droits du défunt, en réservant pour discuter ici la question de ses obligations et de l'éventualité à laquelle elles pourraient être soumises dans le système de la validité des fondations directes. L'explication que nous avons présentée pour justifier les fondations directes, l'éventualité consistant dans la naissance du créancier du droits d'un défunt, ne peut nuire aux tiers, car, d'une part, nous ne l'admettons que pour les droits du défunt et non pas pour ses obligations d'autre part, c'est en reconnaissant le droit pour une personne morale de se constituer dans un délai opposable à tous qu'on crée l'incertitude qui nuit au créancier, la seule qu'il y ait intérêt à éviter.

En effet, il importe peu aux créanciers du défunt si les droits de ce dernier ont immédiatement un titulaire ou s'ils n'en auront jamais. Ce n'est pas de l'existence d'un titulaire des droits du défunt que dépendra le paiement de leur créance, ce n'est que

de l'existence d'un patrimoine, de biens qu'on puisse réaliser. Une succession en déshérence, à supposer qu'elle ait un actif, ne satisfera-t-elle pas aussi bien les créanciers du défunt, que celle qui a été acceptée par un héritier ? Comme Ihering le dit quelque part, le patrimoine est « le sédiment économique de la personnalité », c'est lui qui répond, à la mort d'une personne, des obligations contractées par cette dernière de son vivant. Et alors, pourvu qu'un curateur soit nommé aux biens successoraux, les créanciers pourront être satisfaits, sans avoir à se préoccuper si ce qui restera comme actif net trouvera immédiatement un maître ou non.

Et alors, une fois les créanciers satisfaits, pour quoi le délai d'option de droit commun ne serait-il pas reconnu aux personnes morales, qui auront des raisons sérieuses, tenant aux difficultés matérielles de leur constitution, de retarder l'option que la loi leur accorde. D'ailleurs, l'existence d'un administrateur, d'un gérant d'affaires de cette personne morale à venir, et puis l'intérêt que cette dernière aura à se constituer le plus vite possible, pareront à tous les inconvénients pratiques que semble pouvoir produire l'application du droit commun à la matière.

Nous croyons donc que, non seulement il n'y a pas intérêt à écarter le droit commun, mais encore que l'obligation pour la personne morale de se constituer dans un bref délai, si soucieuse de l'intérêt pratique qu'elle pourrait paraître, est sans fonde-

ment dans la loi et quelque peu arbitraire. D'ailleurs, elle peut aller à l'encontre de l'intérêt pratique même : du moment qu'on impose, sous peine de déchéance, à une personne morale de se constituer dans un bref délai pour qu'elle entre aussi rapidement que possible dans les droits et obligations du défunt, on peut conclure que les créanciers eux-mêmes doivent attendre, pour se voir payés, la naissance de la personne morale. Ensuite, combien de fois, cédant à l'insistance des héritiers de sang qui auront toujours intérêt à soutenir que la naissance de la personne morale est tardive, les tribunaux ne déclareront-ils impossibles, pour des considérations de fait variables et flottantes, des fondations que l'intérêt général réclame comme de première utilité !

162. M. Demogue se demande encore, si, en appliquant la théorie des droits éventuels aux fondations, on ne fait pas de la succession jacente une sorte de personnalité morale, qui nous rapproche beaucoup du droit romain. Et l'auteur conclut affirmativement, en reconnaissant qu'il existe ici l'élément essentiel de la personnalité morale : l'affectation des biens à un but, l'intérêt des héritiers qui se présenteront. Une fois cette thèse admise, l'auteur se demande si l'on ne retombe pas, par là, dans les substitutions prohibées, car la succession, personne morale, reçoit les biens avec la charge de les conserver et de les rendre. Et, cette fois, il conclut négativement, en démontrant qu'il n'y a substitu-

tion que dans le cas où une personne reçoit des biens pour en user suivant ses volontés, avec charge de les transmettre à une autre, qui puisse en user également suivant ses volontés ; or, ici, le premier destinataire devant diriger ses actes suivant l'intérêt du second, il n'y a pas mutation de droits mais épanouissement d'un droit latent de propriété. Quant à nous, reconnaître que la succession est une personne morale jusqu'au moment où la fondation viendra à se créer, nous semble écarter l'explication des fondations directes par la théorie des droits éventuels. En effet, ou bien les droits du défunt sont soumis à l'éventualité de la naissance d'un créancier, et, partant, existent pour le moment sans titulaire, ou bien la succession détient, en tant que personne morale et jusqu'à la naissance de la fondation, les droits du défunt, et, alors, ces derniers ne sont plus des droits éventuels, mais des droits purs et simples. Ensuite, si la personnalité morale n'est que l'affectation des biens à un but, encore ce but doit-il être principal, celui auquel les biens sont en dernier lieu affecté ; donc, la conclusion qui s'impose, dans cette théorie, est la personnification de la fondation, et non pas celle de la succession, car les biens sont affectés, non dans l'intérêt égoïste de la fondation personne morale, mais dans celui des bénéficiaires de la fondation.

Legs à une personne indéterminée

163. Si rien ne s'oppose à ce que le titulaire d'un droit naisse postérieurement au moment où les éléments capitaux du droit se sont déjà réalisés, on doit aussi conclure à la validité d'un legs fait à une personne indéterminée, par exemple, un legs fait à celui qui écrira le meilleur traité sur l'éducation. Comme le légataire peut déjà exister, on ne dira pas de lui que c'est une personne future, ou une personne que le testateur n'a pas même précisée dans son genre : on dira que c'est une personne déterminable par un fait ultérieur seulement. Ce legs peut être fait sous deux aspects différents : on peut léguer directement à la personne indéterminée telle somme, on peut lui faire ce legs par un intermédiaire chargé de le lui transmettre.

164. Sous la forme première, le legs devrait être validé pour la raison que, le créancier d'un droit pouvant être éventuel, le droit ne naît pas moins alors que son titulaire serait indéterminé pour le moment. Mais, comme on l'a remarqué, l'incertitude quant au légataire ne devant pas durer trop longtemps, le legs sera déclaré nul en principe. Nous dirions aussi que, sous cette forme, le legs ne pourra valoir, parce qu'il lui manque l'organisation de fait qui doit accompagner les droits destinés à rester latents pendant une longue période — les droits

soumis à l'éventualité de l'existence de l'une des parties, — et sans laquelle ces droits ne se révèlent pas à l'extérieur. Précisons : si je puis léguer mes biens à une personne morale qui n'existe pas, encore aurai-je soin, pour que mon legs se réalise, ne soit pas lettre morte, de charger une personne de faire les actes nécessaires pour que la fondation soit constituée, pour que les biens soient administrés pendant la période intermédiaire. Or, en léguant tout simplement ma fortune à l'inventeur du remède de la tuberculose, il y a toutes les chances que ce dernier ne connaisse jamais mon legs, que mon testament ne soit jamais exécuté. Et, si aucun exécuteur testamentaire n'a été nommé, comment les droits du défunt seront-ils respectés dans leur réalité objective ? Où est l'administrateur chargé de veiller à leur persistance ? Si les rapprochements sont permis, disons que nous assimilons cette publicité, cette matérialisation, exigée pour la persistance des droits éventuels, à ce qu'est la déclaration de volontés dans les contrats : il ne suffit pas que deux personnes pensent, l'une à vendre une chose, l'autre à l'acheter, il faut encore qu'elle se le disent, qu'elles le sachent réciproquement ; de même, il ne suffit pas qu'une personne veuille léguer sa fortune à un être momentanément incertain, il faut, pour que le legs puisse paraître sérieux, que le testateur ait fait tout son possible pour que sa disposition puisse être exécutée. Et que l'on n'objecte pas que nous écartons un

droit par nous reconnu, un droit soumis à l'éventualité de la naissance de son titulaire, pour de simples considérations de fait, rendant difficile son exécution : nous sommes sur un terrain nouveau, inexploré, où tout est à créer ; aussi ne reconnaissons-nous la vie juridique à ces droits éventuels qu'autant qu'ils nous sont révélés à l'extérieur, qu'ils ont une matérialité quelconque.

165. Sous la seconde forme, legs à personne indéterminée par intermédiaire, pas de difficulté pour valider la disposition, soit qu'elle fût faite par l'intermédiaire d'une personne morale, soit par celui d'une personne physique.

166. En effet, les personnes morales ont la mission de recueillir les patrimoines afin de les transmettre à des personnes futures et indéterminées ; et, comme, en définitive, le legs est adressé aux pauvres, aux malades et non pas à la personne morale qui les représente, le legs à personne indéterminée, fait par cet intermédiaire, doit être validé. Le même raisonnement peut être fait ici pour la donation à personnes indéterminées, par l'intermédiaire d'une personne morale préexistante : le donateur a immédiatement avec qui traiter et organiser le nécessaire pour que les droits éventuels des futurs bénéficiaires de la donation aient une exécution assurée.

167. Le legs à personnes indéterminées peut aussi être fait, avons-nous dit, par l'intermédiaire d'une personne physique : c'est ce qu'on appelle, le

legs avec *faculté d'élire*. Voyons comment cette institution fonctionne en droit moderne et quelle devrait en être la véritable portée selon les principes par nous admis.

On sait que la « faculté d'élire » est le droit accordé par le testateur à un tiers de désigner le bénéficiaire du legs. Dans l'ancien droit, cette clause était très usitée et elle était généralement valable, tout au moins lorsque le légataire à élire devait être pris dans un groupe de personnes déterminées ; et on n'annulait ces libéralités que lorsque les personnes, parmi lesquelles il fallait choisir, étaient en trop grand nombre (1). La loi du 17 nivôse an II (2) et celle du 9 fructidor an II (3) prohibèrent ces clauses lorsque la faculté d'élire avait été conférée par le testateur à son conjoint, et cela pour retirer à ce dernier un pouvoir exceptionnel sur les enfants. En droit moderne, la jurisprudence (4) comme la doctrine (5) annulent les legs avec faculté d'élire, en partant de l'idée que le legs implique une attribution faite par le testateur lui-même et en tirant argu-

1. Arrêt du Parlement de Toulouse du 27 mai 1663.

2. Art. 23.

3. Art. 3.

4. Cass., 12 août 1863. D. 63, 1. 357. — Dijon, 1^{er} juin 1883. S. 85. 2. 175. — Douai, 1^{er} mai 1804. D. 95. 2. 249, avec une note de M. Beudant. — *Contra* : Caen, 9 juillet 1894. S. 96, 2, 281.

5. Demolombe, XVIII, n° 619. — Aubry et Rau, t. VII, §§ 655 et 656 note 2.

ment de l'article 895. Mais M. Planiol (1) a vivement critiqué le système de la jurisprudence et en a montré, avec grande raison, la contradiction : la théorie des fondations n'est que l'application de l'idée constitutive de la faculté d'élire, les bénéficiaires de la première devant être choisis dans des catégories déterminées par le testateur ; ensuite, il est admis que la charge d'un legs peut absorber tout l'émolument de ce dernier ; enfin les legs aux pauvres sont permis, donc la distribution d'aumônes à faire par le légataire. Annuler le legs avec faculté d'élire, quand on validerait la même disposition faite sous la forme d'un legs à charge, n'est-ce pas déclarer responsable le testateur pour les mots employés, n'est-ce pas revenir au formalisme romain ? Pourvu donc que le legs avec faculté d'élire ne soit en réalité un legs avec charge *cui heres voluerit*, pourvu donc que le testateur ait précisé la catégorie des personnes parmi lesquelles le bénéficiaire doit être choisi, la disposition sera valable. Et alors, comme il y a dans l'hypothèse un exécuteur des volontés du défunt, nous aurons un droit éventuel quant à son titulaire, un droit au profit d'une personne indéterminée.

Stipulations pour autrui

168. On sait que la tendance de la doctrine a été, dans la matière, de parvenir, par des constructions

1. III, 2^e éd., n° 2745.

juridiques diverses, à créer au profit du tiers un droit *direct* contre le promettant, un droit qui n'ait appartenu, à aucun moment, au stipulant. C'est ce qui explique pourquoi la théorie de l'offre, élaborée pour expliquer la stipulation pour autrui, a été repoussée par la majorité de la doctrine qui s'est ralliée, soit à la théorie de la gestion d'affaires, soit à celle de la création directe de l'action par la volonté unilatérale. C'est ce qui explique encore pourquoi la jurisprudence, qui a adopté le système de l'offre, s'est vue obligée, pour empêcher que le tiers ne soit l'ayant cause du stipulant, d'apporter à cette théorie un grand nombre de correctifs qui ont singulièrement rapproché les solutions jurisprudentielles des solutions doctrinales.

Or, si à la suite d'une stipulation pour autrui le tiers bénéficiaire est investi d'un droit direct contre le promettant, et si le tiers est une personne indéterminée ou même non encore née, nous avons une autre catégorie de droits soumis à l'éventualité de l'existence de l'une des parties.

Mais, à ce raisonnement, qui reconnaît une nouvelle source de droits éventuels, on a fait certaines objections que la jurisprudence s'est immédiatement appropriées. Pour mieux étudier la question, distinguons entre les deux hypothèses : celle où le tiers bénéficiaire est simplement indéterminé et celle où c'est une personne future.

169. Nulle difficulté pour valider les stipulations

au profit de personnes indéterminées. Ce qui peut mettre obstacle à l'efficacité d'une stipulation pour autrui, ce n'est pas *l'indétermination actuelle* de ses bénéficiaires, c'est, comme dans les libéralités testamentaires, leur *indéterminabilité*. La jurisprudence a appliqué cette idée dans différentes hypothèses ; ainsi, elle a validé l'assurance contractée « *pour le compte de qui il appartiendra* » (1), les clauses insérées en faveur des ouvriers dans les cahiers des charges d'adjudications de travaux publics (2), les fondations au profit des pauvres, faites par l'intermédiaire d'une ville ou d'une personne morale, par acte entre vifs.

La seule condition, exigée par la jurisprudence pour valider les stipulations au profit de personnes indéterminées, c'est que le stipulant ne se réserve pas le droit de désigner lui-même le bénéficiaire de la stipulation : ce serait, en effet, un contrat passé pour le compte du stipulant même, ce ne serait pas une stipulation pour autrui (3).

170. En ce qui concerne la stipulation au profit de personnes futures, remarquons que l'ancien droit les permettait. En effet, si les donations au profit de personnes futures furent interdites par l'ordon-

1. Amiens, 10 juin 1887. D. 89. 2. 281. — Cass., 5 mars 1888. D. 88. 1. 365.

2. Poitiers, 20 juin, 1889. D. 90. 2. 159.

3. Cass., 15 déc. 1873. D. 74. 1. 113 — Cass., 15 juillet 1875. D. 76. 1. 232. — Cass., 20 déc. 1876. D. 77. 1504.

nance de Villers-Cotterets de 1539 (art. 133), sauf dans le cas où elles étaient faites en faveur d'enfants à naître d'un mariage (1), les clauses, au profit de personnes non nées, insérées dans une donation entre vifs, étaient permises (2). Néanmoins, certains auteurs modernes et la jurisprudence, en partant de l'idée qu'un droit ne peut exister sans titulaire et malgré les principes admis en matière de fondations, déclarent nulles les stipulations faites aux profits de personnes non conçues (3).

Tous nos développements précédents expliquent suffisamment pourquoi nous ne pouvons admettre le système de la jurisprudence et pourquoi, reconnaissant la validité des stipulations au profit des personnes futures, nous voyons ici une nouvelle source de droits éventuels. Pourtant, nous croyons renforcer encore mieux nos démonstrations, en transcrivant la réfutation du système, que nous combattons, par M. Planiol (4) et qui contient en germe, selon nous, toute la théorie des droits éven-

1. Ces principes passèrent dans le Code civil (art. 906, alin. 1 et 1082).

2. Hotman, *Disputationes*, Donationes, chap. VII, n° 26.

3. Paris, 1^{er} août 1879. S. 80. 2.249. — Nîmes, 25 févr. 1880. D. 80. 2.181. — Amiens, 29 déc. 1886. D. 88. 1.169. — Rennes, 5 déc. 1899. D. 1903, 2377. — Cass., 7 févr. 1877. D. 77. 1.337. Toutes ces décisions sont relatives à la matière des assurances.

4. T. II (3^e éd.), n° 1242 et 1243.

tuels : « On peut comprendre la formation d'un droit au profit d'une personne, qui n'existe pas encore, au moyen d'un contrat passé entre personnes vivantes. Dans la stipulation pour autrui, le droit du tiers prend naissance *avant qu'il ait donné son consentement*. Puisque l'on n'a pas besoin de lui pour créer ce droit, pourquoi exiger qu'il soit déjà vivant ? On se passera aussi bien de son existence que de sa volonté. On objecte que l'on ne peut pas comprendre la formation d'un droit qui n'aurait pas de titulaire *actuel*. A qui appartiendrait-il ? A personne. Donc ce serait un droit inexistant. A cela il faut répondre qu'il n'y a nulle nécessité à ce que les actes juridiques produisent leurs effets *immédiatement*. On en a un exemple bien remarquable dans la *vente d'une chose future* : cette vente est valable, bien qu'elle ne puisse produire aucun effet actuel ; elle n'en produira même jamais si la chose future n'est pas fabriquée ou créée. Le rapprochement entre la stipulation d'une chose future et la stipulation au profit d'une personne future est très ancien et il est très probant. *On peut attendre aussi bien le sujet du droit que son objet*. L'acte qui contient la stipulation pour autrui se suffit à lui-même, puisqu'il réunit les volontés de deux personnes actuellement vivantes ; en ce qui concerne la stipulation au profit d'un tiers non encore conçu, l'effet en est *différé* : le droit acquis au tiers commencera à exister à son profit le jour de sa nais-

sance, en vertu d'un contrat à la formation duquel il n'avait pas besoin d'être partie. Du reste, il n'y a plus à hésiter sur la légitimité de cette solution. Elle est devenue une nécessité pratique absolue avec l'emploi des *contrats collectifs*, faits par une personne qui se porte mandataire ou gérant d'affaires pour un groupe indéterminé d'autres personnes. Il est de toute nécessité que la stipulation faite par cette personne unique, au nom d'une foule d'autres, puisse profiter à celles-ci *indéfiniment*, non pas seulement à celles qui étaient déjà vivantes lors du contrat fait à leur profit, mais à tous ceux qui se trouveront à l'avenir dans les conditions voulues pour en profiter, alors même qu'ils seraient nés depuis. »

Gestion d'affaires

171. La gestion d'affaires peut-elle avoir lieu au profit de personnes indéterminées, peut-être encore inexistantes ? Si l'on répond affirmativement, on arrive à reconnaître une nouvelle source de droits éventuels. Quant à nous, la question ne fait pas de doute, l'affirmative s'impose : l'objection que le *dominus* n'existe pas encore ne peut porter, ainsi qu'il résulte des développements précédents ; la nécessité pratique, d'autre part, réclame cette solution pour rendre possibles les contrats dits « d'utilité publique » ; enfin, comme le remarque M. Demo-

gue (1), la loi envisageant la gestion d'affaires comme un quasi-contrat, et non comme un contrat présumé, les actes du gérant ont une valeur par eux-mêmes, indépendamment de la personne qui en profitera. Faisons seulement observer, au surplus, que reconnaître la stipulation pour autrui au profit de personnes futures, c'est reconnaître la gestion d'affaires dans la même hypothèse, pour tous ceux qui expliquent l'article 1165 par la gestion d'affaires (2). Nous dirons donc qu'une personne pourra prendre une hypothèque, s'assurer des concours, faire des dépenses, au profit de personnes futures : d'une société à créer, par exemple.

1. *Op. cit.*, I, p. 788.

2. On sait qu'une explication de la stipulation pour autrui, très en vogue en doctrine, est celle qui voit dans l'article 1165 une gestion d'affaires. Son origine remonte à Pothier (*Obligations*, n° 59) ; c'est M. Labbé qui l'a développé dans : *Ratification des actes d'un gérant d'affaires* (p. 56) et dans *Sirey*, (77. 1. 393 et 88. 2. 49), ainsi que Demolombe, t. XXIV, n° 236 et suiv. (A comp. avec t. XXXII, n° 79). Des critiques ont été adressées à cette théorie, principalement par MM. Lambert et Champeau dans leurs thèses sur la stipulation pour autrui, Paris, 1893 ; mais, récemment, l'explication a été reprise par M. Planiol (II, 3^e éd., nos 1222 et suiv., et 2274), qui a écarté avec force d'arguments les objections contre elle présentées.

CHAPITRE III

Droits éventuels quant à la capacité des parties

172. Un acte juridique est consenti par une personne qui, à elle seule, ne pouvait s'engager valablement et qui, pour donner un consentement complet, avait besoin d'une habilitation ; peut-on dire que, dès que ce consentement incomplet a été donné et jusqu'au moment où l'habilitation est obtenue, et, par là, un droit pur et simple est créé, il existe un droit soumis à l'éventualité d'une habilitation ?

Nous pensons que oui, en principe ; car, sauf dans les hypothèses expressément visées par la loi, nous ne voyons nul obstacle ici, pas plus qu'ailleurs, à ce que les actes juridiques ne produisent pas immédiatement leurs effets, à ce que leurs éléments se réalisent successivement, et qu'il y ait, dès le moment où l'élément capital existe, déjà un droit éventuel.

173. Observons, avant d'examiner à fond le problème, que le consentement sera incomplet, soit à raison de l'incapacité de l'une des parties, soit à raison du manque de pouvoir de l'une d'elles.

Ainsi, il y aura consentement incomplet à cause de l'incapacité de l'une des parties, soit dans le cas où une personne physique ne peut faire, *pour l'administration de ses propres biens*, certains actes sans autorisation, comme le mineur émancipé, le prodigue ou la femme mariée, soit dans le cas où une personne morale ne peut faire, sans l'autorisation de conseils ou autorités administratives, les actes principaux de la vie juridique, c'est-à-dire ceux pour lesquels la volonté de l'agent administrateur est insuffisante.

Il y aura consentement incomplet à raison du manque de pouvoir, dans le cas où l'administrateur des biens d'autrui ne peut faire certains actes sans une autorisation ou habilitation quelconque, comme par exemple le tuteur du mineur ou de l'interdit, qui ne peut faire des actes déterminés sans l'autorisation du conseil de famille ou même de l'homologation du tribunal.

Quoique la question capacité soit différente de la question pouvoir et, partant, que la doctrine les distingue soigneusement, dans cette partie de notre étude, remarquons que les deux choses sont rapprochées. En effet, ce que nous recherchons principalement ce sont les hypothèses où il y a consentement incomplet : or, dans les deux cas, on peut trouver un consentement soumis à l'éventualité d'une habilitation ; et cela suffit pour envisager les deux questions comme n'en faisant qu'une.

174. Examinons successivement la situation des

mineurs non émancipés, des interdits, des mineurs émancipés, des prodigues et de la femme mariée, en distinguant suivant que l'acte est fait par l'incapable ou par son représentant légal, pourvu que, dans l'une ou l'autre hypothèse, le consentement soit incomplet.

175. Mineurs non émancipés et interdits.

— Le mineur non émancipé fait *seul* un acte qui le lèse ; peut-il, en obtenant postérieurement l'autorisation de son tuteur, ou l'homologation du tribunal s'il y a lieu, s'obliger valablement ?

176. On pourrait objecter, comme le remarque fort bien M. Demogue (1), que l'hypothèse est peu pratique, car on est en présence d'un propriétaire incapable pour certains actes seulement — ceux qui le lèsent et ceux pour lesquels la loi exige des formes spéciales, autorisation du conseil de famille, homologation du tribunal — et qui a un administrateur chargé de passer, en son nom, ces actes mêmes !

Mais la question peut se poser, en effet : ou bien le mineur fait seul un acte qui le lèse et que le tuteur peut faire seul, ou bien le mineur accomplit seul un acte que le tuteur n'aurait pu faire qu'avec l'autorisation du conseil ou l'homologation et que le mineur est incapable de faire quel que soit l'avantage qu'il pourrait en tirer. Dans ces cas, l'intervention posté-

1. *Op. cit.*, I, p. 767.

rieure du tuteur ou l'habilitation du conseil de famille et du tribunal rendront-ils valable l'acte du mineur ? On comprend pourquoi la question ne se pose pas dans une autre hypothèse, celle où l'acte fait par le mineur est un de ceux que le tuteur peut faire seul et qui ne le lèse pas : pour cet acte le mineur est pleinement capable. Ce qu'on pourrait objecter plutôt, c'est qu'il est peu probable que le tuteur donne son autorisation pour un acte qu'il aurait pu faire seul et qui a été fait par le mineur, quoiqu'il fût dommageable ; cela se peut pourtant, ou bien si l'on suppose que le tuteur ne peut se rendre compte momentanément du caractère dommageable de l'acte, ou bien si l'acte, préjudiciable au début, devient, à la suite de circonstances fortuites, avantageux pour le mineur.

Nous avons vu dans quelles hypothèses la question se pose ; reste à savoir à quel titre interviendra l'habilitation postérieure : c'est en effet de cette seconde question que dépend la relation de la matière avec la théorie des droits éventuels.

177. Est-ce à titre de confirmation qu'intervient l'habilitation postérieure, c'est-à-dire, doit-on considérer comme une renonciation à une action en nullité, l'acte du tuteur, du conseil de famille ou du tribunal, par lequel on donne toute la force juridique nécessaire au contrat passé par le mineur seul ? Nous ne le pensons pas, et la raison en est bien simple : nous ne croyons pas que la confirmation d'un

acte fait par un incapable puisse valablement être donnée, l'incapacité durant. En effet, la confirmation est un acte *personnel*, un acte qui comporte une certaine appréciation morale, et qui doit se produire à une époque où l'incapacité a pris fin ; donc, le consentement du mineur fût-il constant, le conseil de famille et même le tribunal ne pourront, par un acte confirmateur, ratifier le contrat annulable passé par le mineur. Mais, à supposer que la confirmation soit possible pendant la minorité, encore l'habilitation intervenue dans les hypothèses qui nous occupent doit être séparée de la confirmation : la confirmation a une portée juridique *et morale*, le mineur se dit : « je pourrais annuler l'acte fait en minorité, mais cela nuirait à ma réputation et je le maintiens » ; l'habilitation est un acte de nature pécuniaire et rien que pécuniaire, le conseil de famille se dit « l'affaire est bonne, pourquoi ne pas en faire profiter le mineur » !

178. L'habilitation postérieure vaut-elle réfection de l'acte pour le mineur ? En effet, ne pourrait-on pas dire, dès que les conditions requises par la loi sont réunies, que l'acte est passé, sans avoir à se préoccuper si, avant, un acte identique a été fait par le mineur ? Non, car il est très intéressant de savoir lequel des deux actes, celui fait par le tuteur avec le conseil de famille et le tribunal ou celui du mineur, est l'acte qui vaut, alors que, pour des raisons diverses, l'acte du mineur, annulable au moment de sa confection, est validé ensuite. Ainsi, supposons que

le mineur, arrivé à la majorité, confirme l'acte par lui accompli ; cette confirmation étant rétroactive, naît la question de savoir à partir de quelle date l'acte produira-t-il ses effets : à partir du jour où le mineur l'a signé ou à partir du jour où le tuteur l'a passé avec toutes les formalités requises ? Or, le simple fait qu'une pareille question pourrait naître, prouve que l'habilitation postérieure n'est pas une réfection de l'acte.

179. Pour savoir au juste quel est le caractère de l'habilitation postérieure, il faut partir de cette idée que l'incapacité n'exclut pas le consentement, mais qu'elle lui enlève seulement une partie de la force qu'il devrait avoir par lui-même. Ainsi, un mineur, pourvu qu'il soit sorti de *l'infantia*, pourvu qu'il ait une volonté, est susceptible de fournir un consentement ; mais la loi, trouvant que, *d'une façon générale*, il serait nuisible de laisser à une personne pleins pouvoirs sur ses biens dès qu'elle est sortie du bas âge, a disposé, d'abord, que l'administration des biens d'une personne, avant un âge déterminé se fasse par des représentants qu'elle a jugés ayant pleine raison, ensuite, que cette administration se fasse suivant des règles protectrices déterminées. Ce que la loi a craint, c'est *l'état psychologique général d'une personne avant un âge donné*, et non pas son *état psychologique spécial à un acte donné* ; or ce qui correspond au premier fait est *l'incapacité*, au second, *le consentement*. Si l'incapacité n'exclut pas

le consentement, il n'y a aucun obstacle à ce que la condition à laquelle la loi subordonne le consentement d'un incapable, pour qu'il acquière toute la force juridique, se réalise postérieurement, à ce que le consentement de l'incapable vaille déjà, sous la condition d'être complété, dès le moment où il a été donné.

L'habilitation postérieure apparaît donc comme la condition de perfection d'un consentement incomplet déjà existant ; et, s'il y a des droits soumis à l'éventualité d'un consentement même, d'autant plus doit-il y avoir droit éventuel lorsque ce qui manque, pour qu'il y ait droit pur et simple, est la perfection d'un consentement déjà existant.

La conclusion de ce qui précède sera que l'habilitation postérieure, obtenue par un mineur qui passe seul un acte qu'il ne peut valablement consentir, aura pour effet de valider l'engagement du mineur.

180. A cette conclusion, on est tenté de faire certaines objections, les unes de nature pratique, les autres de nature juridique.

181. Ainsi, on peut dire qu'une autorisation intervenant après coup est suspecte, que le tuteur ou conseil de famille ratifieront l'acte du mineur en disant : « passe pour une fois » (1), donc, que l'intérêt du mineur peut se trouver sacrifié dans le système de la validité d'un engagement par une habilitation pos-

1. Cf. Demogue, *op. cit.*, I, p. 765.

térieure. Mais ce raisonnement ne saurait être juste : si un maître peut ratifier à contre-cœur l'acte d'un gérant d'affaires, pour ne pas laisser ce dernier dans une situation désagréable, il est évident que le conseil de famille, et surtout le tribunal, auront toute leur indépendance pour juger les actes d'un incapable, qui ne saurait être atteint dans son honorabilité lorsqu'un acte passé par lui est annulé.

Et, puisque nous parlons d'intérêt pratique, observons que la validité d'une habilitation postérieure ne peut que profiter au mineur. En effet, supposons qu'un tiers offre au mineur de passer avec lui un contrat. Si le mineur ne veut consentir qu'une fois l'autorisation du tuteur et du conseil de famille obtenue, il dira : « attendez-moi jusqu'à ce que mon tuteur et le conseil de famille se prononcent » ; et, alors, le tiers lui accordera un délai prolongé pendant lequel il maintiendra son offre. Mais s'il ne lui en accorde pas un, le tiers pourra impunément retirer son offre, même au moment où l'autorisation du conseil de famille ou l'homologation du tribunal seront obtenues. Le mineur a donc intérêt à lier le tiers dans le cas où ce dernier ne s'oblige pas à maintenir son offre pendant un délai convenable ; et alors comment s'y prendra-t-il ? En consentant immédiatement sous le bénéfice d'une approbation ultérieure du tuteur et du conseil de famille. Mais on peut dire : cet avantage n'est obtenu qu'en échange d'une obligation déjà assumée par le mineur, qui

est certainement lié lui aussi au moment où il lie le tiers. Nous répondons : qu'importe ! Si le conseil de famille trouve l'acte favorable au mineur, il n'y a pas de mal à ce que ce dernier se soit obligé avant, si le conseil de famille trouve l'acte lésif, on pourra intenter l'action en nullité et faire tomber l'engagement du mineur ! Le système qui autorise l'habilitation postérieure des actes faits par un mineur, et qui, par là, reconnaît immédiatement un droit éventuel au tiers, est donc, comme toute la théorie des droits éventuels, très soucieux de l'intérêt pratique.

182. Au point de vue des textes, on est tenté de tirer argument contre notre système des articles 458 et 467, le premier disposant que les délibérations du conseil de famille, relatives à des emprunts ou à des aliénations, ne seront exécutées *qu'après* que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation du tribunal, le second disposant que le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur *qu'après* y avoir été autorisé. Mais les susdits articles ne sauraient être invoqués contre nous, parce qu'ils ne visent pas notre hypothèse, parce qu'ils ne visent pas le mineur agissant seul : ils n'ont trait qu'au tuteur travaillant au nom du mineur. En effet, l'on sait que la protection des incapables est une matière des plus sacrifiées par le Code civil, le législateur s'étant contenté de légiférer sur l'administration du tuteur, au chapitre de la tutelle, de la capacité du mineur, au chapitre des actions en nullité, sans

réglementer le cas possible d'une affaire traitée par le mineur en nom personnel et où le tuteur se bornera à *auctoritatem interponere*. Et alors, comme la loi n'interdit pas l'habilitation postérieure pour un acte passé *par le mineur*, nous croyons qu'il y a tout lieu de l'admettre.

183. Supposons maintenant que c'est *le tuteur* qui accomplit *seul* un acte, qu'il ne pourrait légalement passer qu'avec l'autorisation du conseil de famille ou, en plus, avec l'homologation du tribunal. Est-ce que les formalités habilitantes peuvent intervenir postérieurement et valider rétroactivement l'acte passé par le tuteur seul ?

184. Demandons-nous avant tout, comme nous l'avons fait dans l'hypothèse précédente, à quel titre interviendra l'habilitation postérieure.

185. S'agit-il d'une gestion d'affaires ratifiée ? Si cela est, on devrait dire que le conseil de famille ou le tribunal, qui autorisent postérieurement l'acte du tuteur, sont les mandants de ce dernier, car la ratification transforme rétroactivement la gestion d'affaires en mandat : *ratihabitio mandato æquiparatur*. Mais qui ne sait que le tuteur n'est pas le mandataire des organes délibérants : le conseil de famille et le tribunal ne sont rien de plus que des tiers désintéressés qui sont consultés dans les affaires sérieuses du mineur, comme garantie d'une bonne gestion du patrimoine de ce dernier.

186. L'habilitation n'est-elle pas plutôt, ici, comme

dans l'hypothèse précédente, un complément, une perfection d'un consentement déjà existant ? Nous le croyons. On pourrait, en effet, objecter que le tuteur, comme tout administrateur du bien d'autrui, étant une personne capable, ne peut donner qu'un consentement complet, et que, dans le cas où il traite une affaire au nom du mineur sans l'autorisation requise par la loi, c'est le pouvoir qui lui manque, et non le consentement. Or, l'article 1108 n'énumérant pas le pouvoir comme condition essentielle à la validité du contrat, les droits qui ne peuvent être purs et simples parce que l'une des parties de la convention n'a pas de pouvoir suffisant pour cela, ne peuvent être éventuels, car la condition qui manque pour qu'ils soient purs et simples n'est pas un élément essentiel à l'existence du droit. Nous répondons à tout cela que, au point de vue où nous sommes, ainsi que nous l'avons déjà dit, il n'y a pas intérêt à distinguer entre la question du pouvoir et de la capacité : le tuteur, personne capable, doit certainement pouvoir donner un consentement complet, mais dans les actes concernant son patrimoine seulement. Dans les actes concernant les biens du mineur, dire que le tuteur n'a pas le pouvoir de les consentir sans telle autorisation, c'est dire que le consentement du tuteur est incomplet sans les autorisations légales. Et cela est vrai, car, si le consentement du tuteur n'est pas suffisant, il est cependant nécessaire à côté des décisions du conseil de

famille ou du tribunal. Et, alors, l'habilitation postérieure, apparaissant dans l'hypothèse comme une perfection du consentement du tuteur, est rétroactive, et le droit du tiers est soumis à l'éventualité de cette habilitation ! C'est à la même conclusion qu'arrive M. Demogue (1), en commençant par distinguer soigneusement le cas du tuteur de celui d'un incapable ordinaire, mais en reconnaissant ensuite que l'article 1108 ne vise que les contrats passés en nom personnel et non pas aussi ceux qui sont faits par intermédiaire, dans lesquels le pouvoir est une condition essentielle, comme le consentement ou la capacité dans les premiers.

187. Mais la loi apporte certaines exceptions à la règle que nous venons de poser. Nous en connaissons deux, celles qui résultent de l'article 458 et 467 précités ; il reste à parler de l'article 1^{er} de la loi du 27 février 1880, sur l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs. Cette loi établit le principe que le tuteur ne peut aliéner les valeurs mobilières du pupille « sans y avoir été *préalablement* autorisé par le conseil de famille ». Et, alors, ne pourrait-on pas dire que, malgré la logique de notre conclusion, le législateur s'oppose à ce que l'habilitation du tuteur puisse être donnée postérieurement à l'acte passé, preuve des textes exprès du Code ? Si certains auteurs admettent cette solu-

1. *Op. cit.*, I, p. 774 et 775.

tion (1), si d'autres se contentent de dire qu'il ne faut pas poser une règle absolue (2), nous croyons que l'on ne peut tirer aucun argument de texte contre notre système. Les articles précités sont de simples exceptions qu'il n'y a pas raison d'étendre ; bien plus, il résulte des textes invoqués les motifs qui expliquent leur existence, et qui sont tout à fait étrangers au principe par nous posé. L'article 1^{er} de la loi de 1880, après avoir obligé le tuteur à se munir de l'autorisation du conseil de famille pour aliéner les valeurs mobilières du pupille, ajoute « le conseil de famille, en autorisant l'aliénation, prescrira les mesures qu'il jugera utiles » ; donc, on a voulu permettre des mesures spéciales destinées à réprimer les abus classiques dans la matière (3). D'ailleurs, M. Saleilles présente un argument péremptoire : les autorités, qui donnent postérieurement leur autorisation, sont celles qui sont destinées à veiller, par tous les moyens possibles, à ce que l'intérêt du mineur soit sauvegardé ; et l'on ne voit pas pourquoi, si cet intérêt exige le maintien de l'acte, les autorités désignées par la loi ne pourraient pas en quelque sorte le confirmer (4).

188. Mineurs émancipés, prodigues. — On

1. Huc., t. III, p. 366 ; Nancy, 9 mai 1885. D. 86.2.131.

2. Demolombe, t. VII, n° 749, p. 518.

3. Demogue, *op. cit.*, p. 775.

4. Saleilles, *Aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs du patrimoine d'autrui*, p. 357.

sait qu'en règle générale ces personnes ne peuvent faire seules que les actes d'administrations ; peuvent-elles, lorsqu'il s'agit d'un acte qui excède leur capacité, une vente d'immeubles par exemple, le consentir seules, quitte à obtenir postérieurement l'assentiment de leur curateur ? *Non*, car des textes exprès parlent d'*assistance* du curateur et supposent la présence nécessaire du curateur au moment où l'acte d'aliénation est passé : les articles 480, 482 et 513 sont rédigés dans les mêmes termes, et il est évident que le mot « assistance » doit avoir partout le même sens (1). Si donc le mineur émancipé ou le prodigue ont consenti seuls un acte d'aliénation, l'habilitation postérieure vaut comme ratification, et, partant, un second consentement du prodigue et, du mineur émancipé est exigé (2). Nous n'avons donc pas rencontré ici une source de droits éventuels.

189. Femme mariée. — La femme mariée peut-elle consentir valablement un acte juridique sous le bénéfice d'une autorisation maritale ultérieure ? Grande et classique controverse, aujourd'hui définitivement tranchée : l'autorisation du mari doit intervenir au moment même où l'acte est passé ; si l'autorisation est donnée postérieurement, le mari perd le droit d'attaquer en nullité l'acte de sa femme, mais cette dernière ne saurait, par là, perdre le droit

1. Demogue, *op. cit.*, I, p. 765.

2. Demolombe, t. VIII, n° 759, p. 501.

de faire tomber l'acte, une fois le mariage dissous (1). Ici, non plus, la théorie des droits éventuels ne paraît pas trouver son application. Pourtant, à bien juger les choses, il nous semble que l'intérêt de la femme exigerait de transporter ici les solutions que nous avons données pour le mineur, sinon dans l'hypothèse où la femme agit seulement avec l'autorisation du mari et où nous avons trouvé établie la règle contraire, du moins dans celle de la femme dotale, qui devrait pouvoir consentir, dans les cas où l'article 1558 est applicable, l'acte avec l'autorisation du mari, quitte à obtenir ensuite l'autorisation du tribunal. Ce système permettrait de satisfaire admirablement l'intérêt pratique : non seulement la femme peut lier le tiers dès à présent, mais le tiers peut lui aussi engager la femme ! En conséquence, si la femme ne veut plus de l'acte consenti, le tiers pourra agir devant le tribunal afin d'obtenir l'autorisation réclamée par l'article 1558 du Code civil, et, de la sorte, valider l'acte si la justice le juge convenable. Et, comme on l'a remarqué, le droit du tiers de poursuivre l'autorisation de justice est distinct du droit du mari de demander au tribunal l'autorisation de passer un acte dont la femme ne veut pas : dans un cas, le tiers demande l'autorisation pour un acte que la femme a voulu et que, généralement, elle

1. Demolombe, t. IV, n° 211 ; Huc, t. II ; Planiol, t. III, 2^e éd., n° 280.

continuera de vouloir, dans l'autre, le mari cherche à vaincre la résistance constante de sa femme.

190. A la règle que nous venons de poser, l'article 997, alinéa 2, du Code de procédure apporte une exception : « lorsqu'il y aura lieu de vendre des immeubles dotaux, dans les cas prévus par l'article 1558 du Code civil, la vente sera *préalablement* autorisée sur requête par jugement rendu en audience publique ». Il est vrai que ce texte écarte notre règle dans l'hypothèse la plus pratique ; mais, vu que le raisonnement nous indique comme critiquable le principe qu'il consacre, nous n'étendrons pas cette disposition aux autres actes prévus par l'article 1558. Et M. Demogue va jusqu'à refuser d'assimiler l'échange à la vente au point de vue de l'application de l'article 997, alinéa 2 ; quant à nous, tout en admettant le caractère exceptionnel de l'article 997 alinéa 2, nous l'appliquerons certainement à l'échange, à cause de l'identité d'essence qu'il y a entre ce contrat et la vente, mais nous n'appliquerons pas le principe de l'article 997, alinéa 2, au contrat d'hypothèque par exemple.

191. **Personnes morales (1).** — L'administrateur d'une personne morale, qui, pour passer un acte donné, doit se pourvoir de l'autorisation d'un organe administratif, par exemple, le maire qui a besoin de l'autorisation du conseil municipal, le pré-

1. V. Demogue, *op. cit.*, p. 776-778.

fet qui a besoin de l'autorisation du conseil général, etc., peut-il *seul* obliger valablement la personne morale, en obtenant postérieurement l'habilitation nécessaire ?

Nous croyons devoir répondre affirmativement, à moins qu'un texte exprès n'édicte le contraire ; nous ne voyons pas d'obstacle à ce que les éléments d'un droit se réalisent successivement, et nous dirons que, dès que l'élément capital existe, ici la volonté de l'agent administrateur, il y a déjà droit soumis à l'éventualité d'une habilitation.

192. Pour nous en tenir au droit civil, observons les conséquences pratiques avantageuses auxquelles conduit notre système en matière de donations au profit de personnes morales de droit public. L'article 910 du Code civil décide que les dispositions entre vifs ou par testament au profit des hospices, des pauvres d'une commune, des établissements d'utilité publique, « n'auront leurs effets » qu'autant qu'elles seront autorisées par un décret. Les termes de la loi semblent eux-mêmes confirmer notre manière de voir : la donation « n'aura son effet », c'est-à-dire qu'elle peut exister même avant le décret, qu'elle peut être acceptée dès à présent, et que ses effets sont seuls différés. Donc, conformément à ce que nous avons dit et à ce que le texte de l'article 910 semble établir, l'agent administrateur d'une personne morale de droit public peut accepter immédiatement une donation, et l'éta-

blissement acquerra par ce fait un droit éventuel contre le donateur, droit éventuel que l'habilitation légale transformera postérieurement en droit pur et simple. Ceci est très important : le fait simple d'une acceptation de la donation par l'agent administrateur rend impossible tout retrait de l'offre de la part du donateur ! Et que l'on ne songe pas à dire que ce résultat pourrait être obtenu autrement, par une promesse unilatérale de donation par exemple : l'article 932 rend cette dernière impossible.

193. A la règle que nous venons de poser : possibilité pour les droits d'une personne morale de se réaliser au fur et à mesure, par petites étapes, M. Demogue signale l'existence d'une exception, tenant non à un texte de loi, mais à la nature de la personne morale en jeu. Voici sur quoi elle repose : l'agent administrateur d'une personne morale peut avoir à se faire autoriser, suivant les cas, par un organe administratif immédiatement supérieur, par une oligarchie ou par ceux mêmes que représente la personne morale ; ainsi, un maire se faisant autoriser par le conseil municipal ou le préfet, d'une part, le gérant d'une société anonyme qui doit se faire autoriser par l'assemblée des actionnaires, d'autre part. S'il n'y a pas de difficulté à distinguer entre l'acte de l'agent administrateur et l'habilitation, dans le premier exemple, et par là de reconnaître l'existence de droits soumis à l'éventualité de cette habilitation, il n'en est pas de même dans le

second exemple : tout dépend de la conception qu'on se fait de la personnalité morale. Si l'on considère la personne morale comme une fiction, comme quelque chose de distinct de la totalité des membres de la société, la solution est la même que celle qui a été donnée pour l'administrateur qui s'adresse à un groupement de personnes en dehors de la personne morale qu'il administre. Si, au contraire, on considère la personne morale comme couvrant une propriété collective des associés, l'habilitation postérieure n'est plus l'acte d'un tiers désintéressé que l'en doit consulter, c'est la ratification du propriétaire même ! Et comme *ratihabitio mandato æquiparatur*, l'acte de l'agent administrateur sera rétroactivement considéré comme fait par un mandataire : nous ne sommes plus dans le domaine des droits éventuels, mais dans celui de la condition !

194. Autres hypothèses. — Ce n'est pas seulement dans les hypothèses étudiées que se présente la possibilité d'une habilitation postérieure, et, par là, des droits soumis à l'éventualité de cette habilitation.

Les solutions que nous avons données doivent s'appliquer identiquement aux hypothèses analogues : ainsi, la solution donnée pour le mineur émancipé et le prodigue devra être étendue au commerçant en liquidation judiciaire, qui ne peut administrer ses biens, conformément à l'article 6 de la loi du 4 mars 1889, sans l'assistance du liquidateur ; la solution

donnée pour le tuteur devra être étendue au curateur d'une succession vacante, qui a, pour certains actes, besoin de l'autorisation de justice, ou encore à l'exécuteur testamentaire qui a besoin d'autorisation pour vendre le mobilier, etc.

195. Mais ce qu'il faut soigneusement éviter, c'est de voir une habilitation postérieure là où il y a, rétroactivement, mandat. Ainsi, le mandataire général d'une personne qui n'a que des pouvoirs d'administration, consent une aliénation, que le mandant ratifie postérieurement : en vertu de la rétroactivité de la ratification, est considéré comme étant fait en vertu d'un mandat, l'acte consenti avant la ratification. Toutefois, observons que si le mandataire qui dépassait ses pouvoirs, avait consenti sous la condition d'une ratification postérieure, le consentement n'existerait qu'à ce moment, ainsi que l'a décidé la Cour de Paris le 4 avril 1878 (1).

196. Conclusion. — Il résulte de ce qui précède, que nous autorisons personne à signer un contrat, quitte à obtenir postérieurement l'habilitation dont elle a besoin, — cela à moins qu'un texte n'ordonne le contraire. Il est vrai que cette manière de voir se heurte aux idées couramment admises sous l'influence inconsciente des souvenirs romains. Le droit romain était greffé, ainsi que nous l'avons dit (2)

1. D. 81. 1. 34.

2. Ci-dessus, n° 25 et suiv.

sur ce que l'on appelle *le principe de l'unité du temps* ; mais qu'on le veuille ou non, dans la matière, ce principe est contredit d'une autre façon par la pratique moderne : l'habilitation du tuteur par le conseil de famille ou tribunal, l'autorisation de la femme dotale par le tribunal, n'ont-elles pas toujours lieu *avant* l'acte à passer ? Et alors, pourquoi ne pas permettre à ces formalités habilitantes d'intervenir *après* l'acte passé, quand on est déjà en mesure d'apprécier ses effets et quand en procédant ainsi on respecte tellement, ainsi que nous l'avons démontré, l'intérêt pratique ? D'ailleurs, telle est la tendance moderne du droit : l'article 108 du Code allemand dispose que si le mineur conclut un contrat sans l'autorisation requise de son représentant légal, l'efficacité du contrat dépend de l'approbation du représentant !

CHAPITRE IV

Droits éventuels quant à la cause

197. Nous avons montré dans l'introduction (1) pourquoi, en raison, nous considérons la cause comme un élément nécessaire à l'exécution et non pas à la naissance d'un droit ; reste à savoir s'il y a des droits soumis à l'éventualité d'une cause. Cette question suppose qu'il s'agit d'un contrat qui réunit tous les éléments exigés par l'article 1008 et auquel il ne manque, pour qu'un droit pur et simple en naisse, que la cause. Or l'article 1131 déclare *nul* : tout contrat dont la cause est *inexistante, fausse ou illicite*. Donc, au premier abord, il semble que la conclusion qui s'impose est l'impossibilité pour un droit d'être éventuel quant à la cause, devant un texte aussi catégorique que l'article 1131.

198. Mais il nous semble ne pas devoir nous arrêter là et déclarer, à raison de l'article 1131, l'impossibilité d'une éventualité tenant à la cause. Une chose est certaine : l'article 1131 trouve sa raison

1. Ci-dessus, n° 10.

d'être dans la nécessité qu'il y a à ne pas laisser la vie juridique à un contrat où l'une des parties ne recueille pas la prestation à elle promise, tandis qu'elle continue d'être obligée de fournir la sienne, ou à un contrat qui est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. L'article 1131 ne nous semble pas applicable au cas où les parties, conscientes de ce qu'elles font, veulent réaliser un acte juridique d'une façon successive, veulent donner d'abord leur consentement et attendre, pour exécuter la convention, que la cause se réalise, tout en étant entendu que si la cause ne se réalise jamais, la convention ne s'exécutera jamais. L'article 1131 ne vise, selon nous, que le cas où la situation est telle qu'un droit pur et simple doive naître sans cause, et non pas celle où il s'agit de la naissance d'un droit éventuel quant à la cause.

Reste la cause illicite ; quant à elle, pas de doute que l'article 1131 n'interdise toute éventualité. Donc les parties ne pourraient créer un droit éventuel quant à la légitimité de la cause, un droit pur et simple sous la condition que sa cause, illicite aujourd'hui, deviendra licite demain !

199. Si nous ne voyons pas dans l'article 1131 un obstacle à l'existence de droits éventuels quant à la cause, ce n'est que pour saisir, autant que possible, la juste mise au point des choses, la vérité scientifique ; en effet, nous disons aussi qu'il ne peut y avoir des droits éventuels quant à la cause, non

pas à raison de l'article 1131, mais à raison du fait que la cause n'est pas, selon nous, un élément nécessaire à la validité des contrats, malgré l'énumération de l'article 1108.

200. En effet, qu'est-ce que la cause? Domat, créateur de la théorie de la cause (1), se contente de dire que dans les contrats synallagmatiques l'obligation de chacune des parties a pour cause l'engagement pris par l'autre, que dans les contrats réels la cause est la prestation faite par l'une des parties à l'autre, que dans les contrats gratuits la cause est le motif de la libéralité. Il ne donne pas une formule résumant ces trois éléments constituant sa théorie. Depuis, les auteurs ont vainement cherché une définition générale de la cause et ils ne l'ont pas trouvée (2). Or la raison de cette impossibilité est simple: dans la notion de la cause on fait rentrer trop d'éléments hétérogènes. De la sorte, on arrive à considérer, à côté du consentement, de l'objet et de la capacité, comme élément nécessaire à la validité d'un contrat, la cause qui est, en réalité, une conception fausse et inutile (3).

1. *Lois civiles*, liv. I, tit. I, sect. I.

2. En effet des définitions comme « la cause est le motif juridiquement suffisant » (Aubry et Rau, § 345, texte et note 4), ou bien « la cause est le but immédiat et direct que le débiteur se propose d'atteindre en s'obligeant » (Colmet de Santerre, t. V, § 46 bis, I), n'ont satisfait personne. Cf. Planiol, t. II, 3^e éd., n° 1037 et note 2, p. 348.

3. Voir dans Planiol, t. II, n°s 1037 à 1042 une admirable critique de la théorie de la cause et qui aboutit à la suppression de cette dernière du Code civil.

Elle est fausse parce que : *a*) dans les contrats synallagmatiques, si les deux obligations en présence étaient réciproquement cause et effet, on ne pourrait s'expliquer comment elles prennent naissance en même temps ; *b*) dans les contrats réels, ce qu'on appelle cause est en réalité le fait générateur de l'obligation ; *c*) dans les contrats gratuits, on confond la cause de l'obligation avec le motif, tandis que les auteurs causalistes ne se lassent jamais de recommander que la cause du contrat ne doit pas être confondue avec le motif (1).

La théorie de la cause est inutile : *a*) lorsque la cause est absente, le contrat doit être annulé soit parce qu'il est l'œuvre d'un fou (libéralité sans motifs), soit parce que, l'engagement de l'une des parties dans un contrat synallagmatique étant pris en considération de l'avantage que l'autre lui a promis, on ne peut concevoir que, si l'un de ces engagements ne s'exécute pas, l'autre doive être exécuté ; *b*) lorsque la cause de l'une des obligations est illi-

1. Il est vrai qu'une partie de la doctrine considère comme cause des libéralités la volonté abstraite de donner (V. Laborde, *Revue générale de droit*, 1881, p. 402, note 3 ; Martin, *Conditions impossibles*, p. 369-370) ; mais encore faut-il observer que cette opinion est sujette à critique (V. Planiol, II, n° 1038 et *Revue Critique*, 1888, p. 708 et 709). En tout cas, cette conception de la cause dans les libéralités ne prouve pas l'utilité de cette dernière, car il est certain que, sans avoir besoin de recourir à la cause, on devra annuler, comme étant l'acte d'un fou, une donation sans intention libérale !

cite, on doit annuler le contrat parce que chaque obligation, à part, a un objet illicite. Nous disons « à part », parce que la valeur morale d'un acte doit s'apprécier d'après cet acte lui-même et non pas d'après le fait d'autrui.

201. Si la cause n'est pas un élément essentiel à la validité des contrats, si les contrats, ayant un consentement émanant de personnes capables et un objet, sont parfaits, on comprend pourquoi il ne peut y avoir de droits éventuels quant à la cause.

Il reste seulement à expliquer comment, avec ces idées, nous avons consacré un chapitre aux droits éventuels quant à la cause. C'est que, un certain nombre de bons esprits n'ayant pas renoncé à l'idée de cause dans les contrats, il se peut qu'on considère comme droits éventuels quant à la cause, des droits que nous considérons éventuels par rapport à un autre élément essentiel. Ainsi, supposons un contrat synallagmatique où l'une des obligations fait momentanément défaut, une vente où l'obligation de l'acheteur n'a pas encore pris naissance : les auteurs causalistes diront que le droit du vendeur est soumis à l'éventualité d'une cause ; nous dirons simplement qu'il y a là une promesse unilatérale de vente, c'est-à-dire un droit éventuel quant au consentement. Supposons maintenant un contrat réel, un dépôt par exemple, où le consentement existe sans que l'objet ait été remis au dépositaire : les auteurs causalistes diront qu'il y a là un contrat sou-

mis à l'éventualité d'une cause, tandis que nous dirons qu'il y a dépôt éventuel quant à l'objet. Quant aux libéralités, il est clair qu'elles ne peuvent comporter une éventualité de la cause, quelle que soit la manière dont on conçoive cette dernière : une donation dénuée de motif ou d'intention libérale sera sûrement annulée.

202. Nous avons supposé jusqu'ici que la cause faisait défaut, et que, pourtant, selon nous, il n'y avait pas là une source de droits éventuels ; mais il se peut encore que la cause, illicite aujourd'hui, devienne licite postérieurement : n'y a-t-il pas là droit soumis à l'éventualité de la légitimité d'une cause ? M. Demogue le pense (1), et il cite l'exemple suivant : une pharmacie est vendue à une personne non diplômée qui la revend à un sous-acquéreur diplômé, ou obtient elle-même les titres voulus ; le contrat vicié se trouverait validé, et, pour le temps intermédiaire, il aurait eu une existence éventuelle.

Quant à nous, pas plus que l'absence de cause, sa légitimité future ne peut donner naissance à un droit éventuel ; et la raison que nous invoquons est l'article 1131. Si la loi déclare nul un contrat dont la cause est illicite, il est impossible que ce contrat engendre un droit éventuel. Nous avons dit, il est vrai, que l'article 1131 peut être écarté si les parties ont entendu réaliser successivement un acte juridi-

1. *Op. cit.*, I, p. 789.

que. Mais cela ne sera que dans la mesure où les parties jouissent de l'autonomie de leur volonté, ce ne sera donc que pour le cas où il y a absence de cause. Au contraire, quand il s'agit d'une cause illícite, d'un contrat annulé pour des motifs qui tiennent de l'ordre public ou des bonnes mœurs, la loi doit être appliquée telle quelle, les parties ne peuvent rappeler à vie, par un fait postérieur, un acte déclaré nul par le Code. Aussi approuvons-nous la décision de la Cour de Rouen (1), qui, dans l'exemple précité de M. Demogue, n'a pas voulu reconnaître au contrat vicié une existence éventuelle.

1. 24 déc. 1901. S. 1904. 2. 237.

CHAPITRE V

Droits éventuels légaux

203. Les droits de source légale sont ceux qui dérivent de la succession *ab intestat* et ceux qui ont pour corrélatifs les obligations légales.

Successions ab intestat

204. Dans l'introduction (1) nous avons dit qu'il était plus simple de ne pas voir dans les successions *ab intestat* une source de droits éventuels, pour le motif que, la loi empêchant les héritiers de faire des conventions quant à une succession non ouverte, et les héritiers ne pouvant faire, ainsi que nous allons le démontrer dans la seconde partie, des actes conservatoires du vivant du *de cujus*, il est sans intérêt pratique de parler de droits éventuels dans la matière. Mais, dans l'introduction, il ne s'agissait que de donner une définition générale du droit éventuel, et une définition qui puisse comprendre toutes les hypo-

1. Voir ci-dessus, n° 21.

thèses possibles. Il était donc nécessaire de ne pas compliquer la notion du droit éventuel en y faisant rentrer des éléments sans utilité pratique. C'est ce qui explique encore pourquoi nous n'avons mis dans la définition du droit éventuel, comme élément capital dans les droits de source légale, que le plus fréquent : la faute. Dans cette première partie, au contraire, il s'agit de déterminer toutes les sources, sans exception, des droits éventuels, indépendamment de savoir si les droits que nous reconnaitrons accordent ou non à leurs titulaires des prérogatives importantes. Aussi, devons-nous commencer par les successions *ab intestat* l'énumération des droits éventuels de source légale.

205. Héritiers réservataires. — Les réservataires ont, du vivant de leur auteur, un droit éventuel à la succession de ce dernier : l'élément capital du droit — la qualité de réservataire — existe, et même avec une telle force qu'on pourrait presque assimiler ce droit éventuel à un droit à terme incertain, tant il est vrai que l'héritier réservataire est à l'abri de toute disposition gratuite tentée par le *de cuius*.

206. Institués contractuels. — La donation de biens à venir (institution contractuelle), en accordant à l'institué le droit de recueillir tout ou partie des biens que le donateur laissera à sa mort, et en interdisant au donateur les dispositions gratuites, entre vifs ou par testament, au préjudice de l'institué,

arrive à créer à ce dernier la situation d'un véritable réservataire. Conséquemment, l'institué contractuel aura un droit éventuel, un droit soumis à l'éventualité de sa survie au donateur (1).

Dans les donations cumulatives de biens présents et à venir, les choses se passent de même. Si l'institué exerce son option dans le sens d'une donation de biens à venir, il a eu, indiscutablement, du vivant du donateur, un droit éventuel. Si l'institué veut, au décès du donateur, accepter la donation comme donation de biens présents, il aura été, pendant la vie du donateur, dans la même situation que le bénéficiaire d'une promesse de vente, avec cette différence que cette promesse de donation ne pouvait être acceptée avant le décès du testateur : dans cette deuxième hypothèse il y aura eu encore un droit éventuel.

207. Héritiers non réservataires. — Peut-il être question, quant à ces derniers, de droits éventuels ? M. Demogue le pense (2) ; l'article 791 parle, en effet, des droits éventuels qu'on peut avoir à une succession : bien plus, l'élément primordial du droit, le lien de sang, existe. Mais nous ne pouvons accepter cette manière de voir : il est certain que l'expression « droits éventuels » qu'emploie l'article 791, n'a rien de précis, de scientifique, qu'il s'agit là du sens habituel, et non pas de l'acception juridique de ces mots.

1. Planiol, III, 2^e éd., n° 3178.

2. Demogue, *op. cit.*, II, p. 291 et suiv.

Ensuite, ces prétendus droits éventuels ont par trop la fragilité des simples expectatives : les héritiers non réservataires peuvent être exclus par un testament du défunt ; ce dernier peut perdre toute sa fortune ou dissiper ses biens ; il se peut que par des décès survenus dans les rangs des héritiers non réservataires, d'autres héritiers, que ceux actuellement désignés, recueillent la succession ; enfin, les héritiers non réservataires peuvent d'eux-mêmes renoncer à leur droit une fois la succession ouverte. Selon nous, ainsi que nous l'avons exposé (1), les héritiers non réservataires n'ont des droits éventuels que pendant la période qui suit le décès du *de cujus* et jusqu'au moment où ils exercent leur option (2).

208. Conclusion. — Donc, ne peuvent avoir des droits éventuels à une succession encore non ouverte que les héritiers réservataires et les institués contractuels.

Cette reconnaissance de droits éventuels à une succession non encore ouverte, si elle n'arrive pas à permettre de grands avantages aux créanciers qui en sont investis, a du moins le mérite de mettre une fois de plus en relief le manque de fondement du système organisé par les articles 791 et 1120 du Code civil : les créanciers éventuels d'une succession de-

1. Ci-dessus, nos 122 et suiv.

2. Rappelons qu'il en est de même pour les légataires universels ou à titre universel. Cf. ci-dessus les nos 122 et 14.

vraient, comme tous les titulaires des droits éventuels, pouvoir disposer de leurs droits ; et l'on sentira encore mieux le vice de l'interdiction des pactes sur successions futures quand, après avoir écarté la prétendue justification (1) de la règle légale, on constatera que la loi prive de *véritables créanciers* de la faculté de disposer de leurs droits.

Obligations légales

209. Généralement, on ne comprend sous ce titre que les obligations qui ne rentrent dans aucune des autres catégories, c'est-à-dire les obligations qui ne sont ni contractuelles, ni quasi-contractuelles, ni délictuelles, ni quasi-délictuelles. L'article 1370, alinéa 3, nous cite comme obligations purement légales :

1. On a voulu justifier la prohibition des pactes sur successions futures en disant qu'ils sont *immoraux* et *dangereux* : immoraux, parce que les parties spéculent sur la mort d'une personne vivante ; dangereux, soit parce que les parties se rendent difficilement compte de l'effet que leur convention pourrait avoir un jour, soit qu'elle peut faire naître dans leur esprit la pensée d'un crime pour en hâter l'effet (Planiol, II, n° 1054 et la réfutation, p. 316, note 1). Mais on a fait fort justement remarquer que la loi autorise des conventions capables de faire naître des projets tout aussi coupables — si le mot est exact : par exemple, l'achat d'une maison moyennant une rente viagère reposant sur la tête du vendeur ; ensuite, que l'on peut concevoir beaucoup d'arrangements avantageux, concernant une succession non ouverte, qui ne font pas naître l'intérêt de la mort prochaine du futur *de cujus*.

celles qui naissent entre propriétaires voisins, l'obligation des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée. Mais à côté de ces exemples donnés par l'article 1270, alinéa 3, il y en a d'autres : l'obligation d'éducation à la charge des parents et au profit des enfants, la dette alimentaire qui existe entre certains parents et alliés (art. 205-207), l'action en restitution contre toute personne qui se trouve enrichie sans cause aux dépens d'autrui.

210. C'est là le contenu habituel de la notion d'obligation légale ; selon nous, il faudrait y faire rentrer toutes les autres obligations dont la source n'est pas un contrat.

211. D'abord les obligations quasi-contractuelles. Quoique le quasi-contrat soit un fait volontaire de l'homme, il exclut, par essence, l'accord de volontés qui constitue le contrat. Donc, si ce n'est pas la volonté des parties qui fait naître l'obligation quasi-contractuelle, cette dernière ne peut dériver que de la loi. Il est vrai qu'on a fait remarquer avec beaucoup de finesse que le quasi-contrat, étant un fait volontaire, doit différer de l'obligation purement légale qui s'impose aux gens indépendamment de leur volonté. Mais cela conduirait simplement, selon nous, à faire, dans la classe des obligations légales une place à part à ces obligations légales qui résultent d'un *fait naturel*, indépendamment de la volonté de l'obligé, par op-

position aux obligations légales qui naissent d'un *fait personnel* de l'homme ; cela ne peut empêcher que l'obligation du maître à l'égard du gérant, ou de celui qui a reçu l'indû et qui doit le rendre, naisse par autorité légale.

Nous considérons donc toujours comme sources d'obligations légales : la gestion d'affaires, le paiement de l'indû, l'acceptation d'une hérédité vis-à-vis des légataires.

212. Prenons maintenant les obligations délictuelles et quasi-délictuelles, entre lesquelles il n'existe aucune différence de régime. Si la faute est, et ne peut être, qu'un manquement à une obligation préexistante, et si la distinction classique entre la faute contractuelle et la faute délictuelle est une illusion provoquée par ce fait que dans la soi-disant faute délictuelle on viole une *obligation légale* (1), on comprend qu'au moins dans ce dernier cas l'obligation de réparer le dommage causé naît par autorité de la loi !

La majorité des obligations délictuelles sont donc toujours des obligations légales.

213. Recherchons maintenant quand il peut y avoir droit éventuel dans toutes les hypothèses d'obligations légales. Nous écarterons de notre examen les obligations légales qui touchent à la famille, car,

1. Voir à ce sujet l'étude critique de M. Planiol, t. II, 3^e édit., n^o 873 et suiv.

ainsi que nous l'avons dit, les droits de famille ne peuvent comporter une éventualité (1).

214. Obligations entre propriétaires voisins. — Les relations entre propriétaires fonciers voisins ont donné naissance, à leur charge, à des obligations qui naissent de plein droit, comme simples conséquences du fait de leur voisinage. Sans discuter ici si ces obligations sont quasi-contractuelles (2) ou légales (3), en faisant simplement remarquer que pour nous la discussion n'a pas d'intérêt du moment que nous considérons les obligations quasi-contractuelles comme légales, notons que ces obligations sont principalement au nombre de deux : l'obligation au bornage, l'obligation ainsi que le droit à la clôture.

215. Prenons d'abord le bornage ; y a-t-il ici matière à droits éventuels ? Dès que deux fonds non bâtis sont contigus, il y a droit *pur et simple*, réciproquement au profit des deux voisins, tendant à pouvoir contraindre l'autre à faire le nécessaire pour arriver, à la suite d'une opération contradictoire, à marquer par des signes matériels la ligne séparative des fonds !

1. Ci-dessus, n° 17.

2. Pothier, éd. Bugnet, t. IV, p. 328 ; Planiol, I, 3^e éd., n° 2356 et note.

3. Georges Ripert, *Exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse, Aix, 1902, p. 266-267.

Il y a pourtant ici une hypothèse où un droit éventuel peut prendre naissance : c'est celle où le bornage peut atteindre les arrière-voisins. Plusieurs parcelles proviennent, par des partages successifs, d'un même *finage* ou d'une même *tenue* ; en procédant au bornage de l'une d'elles, on constate que la contenance attribuée à chacun par ses titres ne se retrouve pas sur le terrain. En ce cas, on étendra les opérations du bornage et de l'arpentage aux arrière-voisins, car il est normal de présumer que ce qui se trouve en moins dans un lot se retrouvera probablement en plus dans un autre. Or, nous disons : dès qu'en fait la situation de deux fonds est telle que leur bornage est présumé devoir atteindre les arrière-voisins, il y a droit éventuel au bornage contre ces arrière-voisins, droit soumis à l'éventualité du fait que l'un des fonds principaux ait une étendue moindre que celle donnée par les titres. En d'autres termes, entre les propriétaires des diverses parcelles d'un fonds, jadis non partagé, il y a deux espèces d'obligations au bornage : l'une pure et simple, entre les propriétaires voisins, l'autre éventuelle, entre ces propriétaires et leurs arrière-voisins. Et, en vertu de ce droit éventuel au bornage à l'encontre des arrière-voisins, on pourra obliger ces derniers à maintenir l'exact contour de leur possession actuelle, pendant la durée du bornage principal, pour que l'on puisse arriver à se renseigner si réellement c'est chez eux

que se trouve la quantité de terrain qui manque.

216. Passons au droit de clôture : tout propriétaire d'un fonds rural a un droit pur et simple de se clore. Mais supposons que, par exception, il existe sur un fonds rural un droit de vaine pâture établi par titre : conformément à l'article 12 de la loi du 9 juillet 1899, le propriétaire n'a pas, dans ce cas, de plein droit la liberté de se clore, mais il peut la conquérir à titre onéreux (1), soit moyennant une indemnité, soit par la voie du *cantonnement* (2). Or nous disons que, jusqu'au moment où le droit de vaine pâture est racheté d'une façon ou d'autre, le propriétaire du fonds rural a un droit éventuel de se clore, le titulaire du droit de vaine pâture un droit éventuel à une indemnité, et ces droits éventuels ont pour source la loi ! En effet, l'élément capital du droit existe : la qualité de propriétaire d'un fonds rural ; il ne manque que la seconde condition : rachat du droit de vaine pâture.

217. Obligation alimentaire. — L'obligation alimentaire imposée par la loi au conjoint, aux parents en ligne directe, à certains alliés et au donataire,

1. Planiol, I, 3^e éd., n° 2386.

2. Le cantonnement est une opération qui consiste à libérer une terre grevée d'un droit d'usage au profit de tierces personnes, moyennant le sacrifice d'une portion de cette terre que le propriétaire abandonne aux usagers *en pleine propriété* pour affranchir le reste (art. 63, C. for.)

peut donner lieu à des droits éventuels, et cela dans des hypothèses variées.

En effet, l'obligation alimentaire ne naît qu'à la condition que le créancier soit dans le besoin et que le débiteur soit en état de lui fournir des aliments. Donc, tant que le créancier de cette obligation a des ressources pour vivre, il n'a qu'un droit éventuel aux aliments. La loi nous donne un exemple remarquable d'un pareil droit éventuel, lorsqu'elle permet à celui, au profit duquel le divorce a été prononcé, de poursuivre pour aliments l'époux coupable longtemps après le divorce, c'est-à-dire seulement au moment où le besoin des aliments s'est fait sentir pour lui.

Supposons maintenant que le créancier d'aliments a un titre exécutoire contre son débiteur ; il aura, à côté de ce droit aux aliments en cours d'exécution, un droit éventuel aux aliments, contre ses débiteurs médiats. En effet, il se peut qu'une personne dans le besoin ait autour d'elle plusieurs débiteurs d'aliments : son conjoint, des enfants, des ascendants, des alliés. Quoique la loi soit muette sur le point de savoir si, en pareil cas, on peut poursuivre tous ses débiteurs simultanément, ou s'il y a un ordre de préférence à suivre, la doctrine décide généralement (1) que le

1. Les règles établies par la doctrine ne sont pourtant pas obligatoires pour les juges, qui peuvent les écarter, suivant que l'équité l'exige, sans encourir pour cela la censure de la Cour suprême. Mais jusqu'au moment où les tribunaux

créancier aux aliments devra tenir compte d'une hiérarchie dans les poursuites, en commençant par son conjoint, passant ensuite aux enfants, puis aux ascendants, enfin aux alliés. Or nous disons : si le créancier aux aliments a commencé par poursuivre son conjoint, pour le moment il est rempli de ses droits ; mais comme son conjoint peut, avec le temps, être dans le besoin et comme dans ce cas les enfants du créancier seront à leur tour tenus de fournir des aliments, il y a dès à présent contre eux un droit éventuel.

En résumé, il y aura droit éventuel, dans le domaine de l'obligation alimentaire, soit à raison de l'état prospère actuel du créancier aux aliments, soit à raison de l'existence de plusieurs débiteurs d'aliments, successivement tenus de cette obligation

218. Restitution de l'indû. — Tout paiement suppose une dette : il résulte que celui qui paie une dette n'existant pas pour lui, a le droit de répéter la prestation fournie, c'est-à-dire *l'indû*. Or l'action en répétition de l'indû peut être exercée dans trois cas divers, exigeant chacun des conditions spéciales : 1° Il se peut qu'aucune obligation n'existe entre celui qui a payé et celui qui a reçu ; 2° le paiement a été fait en vue d'une obligation actuelle qui a depuis cessé d'exister, ou en vue d'une obligation future

détermineront la hiérarchie des débiteurs alimentaires conjoints, il est normal de présumer que ce seront ces règles qui vont être appliquées ; elles le sont d'ailleurs le plus habituellement.

qui ne s'est pas réalisée ; 3° l'obligation payée avait une cause illicite et immorale.

Or, si l'on constate que celui qui a fait un paiement se trouve dans l'une de ces hypothèses, et qu'il y a, en plus, erreur alors qu'il se trouve dans la première de ces hypothèses, il existe à son profit, immédiatement, un droit de répéter l'indû. Comment concevoir, dans la matière, un droit *éventuel* de répéter l'indû ? Si toutes les conditions exigées par la loi pour qu'il y ait répétition sont réunies, il y a droit pur et simple de répéter l'indû ; si l'une de ces conditions fait défaut, il n'y a pas paiement de l'indû.

Nous pensons pourtant qu'il y a lieu de signaler ici des droits éventuels. En effet, il y a répétition de l'indû, avons-nous dit, si la dette payée vient à disparaître ou si elle ne se réalise jamais. Or, tant que la dette en vue de laquelle on a fait un paiement ne s'est pas encore réalisée et qu'on n'a pas fait la preuve de l'impossibilité de sa réalisation, nous disons qu'il y a droit éventuel de répétition, droit qui permettra au créancier éventuel de l'indû de prendre des mesures conservatoires pour assurer le recouvrement de sa créance le jour où elle deviendra pure et simple.

Ainsi, aura un droit éventuel de répétition l'acheteur qui paie son prix avant que le vendeur n'exécute son obligation de livrer ; comme dans ce cas l'acheteur peut, à son choix, demander l'exécution ou la

résolution de la vente, comme donc l'obligation, qui a servi à l'acheteur de fondement quant au paiement de son prix, est menacée légalement de disparaître, il est logique de reconnaître avec nous un droit éventuel à l'acheteur.

Supposons maintenant l'inverse : le vendeur qui a livré la chose alors que l'acheteur n'a pas payé son prix. A partir du moment où le non paiement du prix constitue une inexécution d'obligation (1), le vendeur a aussi le droit, tout comme l'acheteur, d'exiger soit le paiement du prix, assuré par un privilège, soit la résolution. Une fois la résolution prononcée, le droit du vendeur de répéter la chose est pur et simple ; mais avant, peut-on dire qu'il a déjà un droit éventuel de répétition ? Nous le lui reconnaissons volontiers ; seulement, nous croyons qu'il ne présente de l'intérêt pour le vendeur que dans le cas d'une vente d'immeuble : ici seulement il peut prendre, en vertu de son droit éventuel, des mesures conservatoires sur sa chose (2). Dans une vente mobi-

1. Il se peut, en effet, que l'acheteur ne paie pas son prix puisqu'il a un terme.

2. Par exemple, il pourra si la chose est menacée de disparaître, ou de se détériorer, demander la nomination d'un séquestre judiciaire (art. 1961) pendant la durée du procès en résolution. Et, à cet effet, remarquons que, par le fait de reconnaître un droit éventuel au vendeur d'immeubles non payé, alors qu'il est décidé à agir en résolution, c'est-à-dire un droit qui lui permette de faire des actes conservatoires (ainsi que nous le démontrons dans la seconde partie de notre travail), nous arrivons à

lière, comme l'acheteur peut facilement vendre la chose, et comme l'acquéreur pourra le plus souvent se prévaloir de l'article 2279, le droit de répétition de l'indû du vendeur est forcément illusoire : le recours qu'il aura habituellement contre le vendeur sera une *condictio sine causa*, une action pour enrichissement sans cause, complétée, évidemment, par une demande en dommages-intérêts.

Prenons maintenant le cas où les deux parties, vendeur et acheteur, ont exécuté leurs obligations immédiates : livraison, paiement du prix. Le vendeur est encore tenu de l'obligation de garantir l'acheteur contre tout trouble et éviction. Allons-nous dire encore que l'acheteur a un droit éventuel

compléter l'article 1961. Cet article dispose dans son alinéa 2 que « la justice peut ordonner le séquestre... 2° d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la *propriété* ou la *possession* est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ». Certains auteurs, en prenant le texte à la lettre, refusaient au vendeur qui plaidait en résolution le droit de demander la nomination d'un séquestre judiciaire, en disant que dans une instance en résolution ce qui est litigieux ce n'est pas la propriété ou la possession, mais l'exécution des obligations des parties ! Il est vrai que la jurisprudence n'a pas admis cette manière de voir, et qu'elle a allongé la liste des cas où l'on pouvait demander le séquestre. Nous pensons qu'on pourrait arriver au même résultat sans discourir longuement sur l'étendue d'application de l'article 1961 : il est certain que le séquestre est une mesure conservatoire ; les actes conservatoires étant permis à tous ceux qui ont un droit, fût-il conditionnel ou éventuel, le vendeur qui agit en résolution doit pouvoir poursuivre la nomination d'un séquestre, pour cette simple raison qu'il a déjà un droit éventuel de répétition.

de répétition du prix, parce qu'un jour une éviction pourrait survenir ? Evidemment non ; ce serait maintenir à perpétuité dans des liens obligatoires des personnes qui ont eu l'imprudence de contracter une fois : l'éviction peut parfaitement ne jamais s'accomplir ! Mais aussitôt qu'un procès est intenté par un tiers contre l'acheteur, relativement à la chose vendue, dès que, donc, la première obligation, touchant à l'éviction, du vendeur, celle de *défendre* l'acheteur contre le tiers, a pris naissance, nous reconnaissons de nouveau à l'acheteur un droit éventuel de répéter le prix. Contre qui s'exercera ce droit éventuel ? Normalement contre le vendeur, car c'est lui qui touche le prix ; exceptionnellement, lorsque l'immeuble est acheté aux enchères, contre les créanciers saisissants (1), car c'est entre eux que le prix a été réparti.

Enfin il y aura encore droit éventuel de répétition lorsqu'un débiteur conditionnel ou éventuel fait un paiement avant la réalisation de la condition ou de l'éventualité. Comme ses modalités peuvent ne pas se réaliser, comme donc il est normal de présumer

1. Actuellement la question ne fait plus de doute (Planiol, II, 1^{re} éd., n° 881). Le droit romain n'accordait pas à l'acheteur évincé un recours contre le créancier saisissant, ni même la *condictio indebiti* ; mais l'ancien droit français donnait à l'acheteur évincé, la répétition de l'indû (*Pothier, Procédure civile*, n° 636). La solution actuelle se fonde surtout sur la tradition historique.

une répétition, le débiteur a déjà un droit éventuel qui lui permet d'assurer le recouvrement de sa prestation pour le jour où il pourra l'exiger.

219. Acceptation d'une hérédité. — Dès que l'héritier ou le légataire universel accepte la succession, il est tenu — quasi-contractuellement ou légalement, peu importe — d'une obligation envers les légataires particuliers, celle de leur payer les legs, et cela, non pas comme continuateur de la personne du défunt, mais comme débiteur originaire.

Quand peut-il y avoir, pour les légataires particuliers, simple droit éventuel en paiement des legs contre l'héritier ou le légataire universel ? Nous savons que l'option de l'héritier — acceptation ou renonciation — peut être annulée pour certaines causes : le dol et la violence ; spécialement, l'acceptation d'une succession peut être rescindée pour lésion résultant du fait que la succession se trouve absorbée ou diminuée de plus de moitié par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation (art. 783).

Or, toutes les fois que l'acceptation d'une succession a été faite dans des conditions telles qu'elle pourrait être postérieurement rescindée, le droit des légataires particuliers contre l'héritier acceptant ne sera qu'éventuel (1).

1. Le droit éventuel que nous venons de signaler est entièrement traité par la loi comme un droit pur et simple : le légataire particulier peut exiger le paiement de son legs, sans

220. Gestion d'affaires. — Nous avons encore rencontré la gestion d'affaires comme source de droits éventuels (1), notamment lorsque nous avons parlé de l'éventualité quant à l'existence d'une partie. Ici, il s'agit d'envisager la gestion d'affaires comme source d'une obligation éventuelle — légale ou quasi-contractuelle — à la charge du *dominus*. L'hypothèse est simple ; le maître n'est obligé par le gérant que lorsqu'il a ratifié la gestion ou lorsque cette dernière lui a été utile au moment où elle a été accomplie ; donc, si l'acte fait par le gérant ne présente pas immédiatement de l'utilité pour le maître, et si des événements postérieurs lui ont fait produire l'utilité qui lui manquait initialement, nous croyons que le maître se trouvera obligé, et qu'il l'a été éventuellement entre ces deux moments !

Ne pourrait-on pas dire qu'il y aura encore eu obligation éventuelle si le maître vient à ratifier l'acte inutile du gérant ? Sans doute ; mais remarquons que la gestion d'affaires ratifiée est un mandat, donc, que l'obligation éventuelle du maître,

avoir à se préoccuper si l'acceptation de l'héritier ou du légataire universel est sujette à rescision. Cela n'empêche pourtant pas que le droit du légataire n'ait jamais été autre chose qu'un droit éventuel, le jour où l'acceptation se trouvera annulée ! D'ailleurs, ainsi que nous le démontrerons dans la seconde partie, la loi traite différemment les diverses catégories de droits éventuels : si normalement le droit éventuel est assimilé au droit conditionnel, exceptionnellement il est traité aussi comme droit pur et simple.

1. Ci-dessus, n° 171.

dans cette seconde hypothèse, n'aura plus eu sa source dans une gestion d'affaires.

221. Enrichissement sans cause. — L'action *de in rem verso*, dont le principe sert de fondement à une foule d'actions ayant un nom spécifique, est donnée contre celui qui s'est enrichi aux dépens d'autrui, par une transmission de valeur d'un patrimoine à un autre, et qui n'a pas une autre action lui donnant satisfaction. A la différence du Code allemand, qui contient à cet égard un texte de principe, l'article 812, le Code civil français n'a pas formulé là-dessus un principe général, et il s'est borné à régler quelques applications pratiques, notamment *les constructions sur le terrain d'autrui* (art. 555) et *les récompenses entre époux* (art. 1433 et 1437).

Examinons la matière au point de vue de la modalité éventualité.

Supposons une personne qui construit sciemment sur le terrain d'autrui : le propriétaire du sol a, contre ce constructeur de mauvaise foi, soit le droit d'exiger la démolition de l'ouvrage et la remise des lieux en leur état primitif, soit le droit de maintenir la construction moyennant une indemnité calculée d'après la dépense entière, sans avoir égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir. Nous disons que tant que le propriétaire du fonds n'a pas exercé son option, le constructeur a contre lui un droit éventuel à une indemnité : l'éventualité consiste ici dans ce fait que

le propriétaire n'exige pas la démolition de la construction.

La théorie des récompenses nous offre aussi de nombreuses applications de droits éventuels. Ainsi, par exemple, un propre de la femme est aliéné sans que le remploi en soit effectué : la femme a un droit éventuel à une récompense, droit qui deviendra pur et simple le jour où la communauté sera dissoute sans qu'on ait fait le remploi jusqu'à cette époque. Ou bien c'est la communauté qui paie une dette propre de l'un des époux : elle a un droit éventuel à une récompense tant que la communauté n'est pas dissoute et qu'elle ne devient pas elle aussi débitrice de l'époux qui doit éventuellement la récompense. Et la même solution sera donnée aussi dans toutes les autres hypothèses où, soit la communauté, soit les époux ont droit à une récompense, comme par exemple : au cas de l'échange avec soulte d'un propre ; d'un rachat, par un voisin, d'une servitude grevant un propre ; d'une vente de produits ; de l'apport d'un excédent de mobilier ; d'une donation ou d'un legs de deniers propres ; du paiement, par l'époux, d'une dette de communauté ; ou encore au cas de paiement, par la communauté, d'une dette personnelle, d'une dette relative à un propre, d'une dette de succession ou donation immobilière échues aux époux, d'une amende du mari, de l'établissement d'un enfant du premier lit, etc., etc. Dans toutes ces hypothèses, on rencontre des droits éven-

tuels, à condition que les circonstances soient telles que, si la communauté venait à être dissoute sur-le-champ, il y ait lieu à une récompense d'une part ou d'autre.

222. Délits, quasi-délits. — Le délit et le quasi-délit sont des manquements à une obligation préexistante, qui imposent à celui qui les commet la réparation du dommage causé. Quoique le délit, à la différence du quasi-délit, suppose l'intention de nuire, il n'y a pas intérêt à distinguer entre eux (1), les conséquences juridiques étant identiques pour les deux. Aussi, en les réunissant dans la notion générale de *faute*, constatons que la responsabilité d'une personne n'est engagée par sa faute que sous deux conditions : 1° il faut qu'elle ait manqué à une obligation ; 2° il faut que ce manquement à une obligation ait causé un dommage. Si ces deux éléments se trouvent réunis, il y a droit pur et simple tendant à réparer le préjudice causé. Si un seul de ces éléments, le manquement à l'obligation existe, et si le dommage n'a pas encore pris naissance, nous disons qu'il y a déjà droit éventuel, droit soumis à l'éventualité de la réalisation du dommage.

Ainsi, une personne cause un accident dont les conséquences ne se produisent pas immédiatement ; ou bien elle confie à un notaire un titre hypothécaire

1. Sauf peut être quant à la responsabilité de la femme sur les immeubles dotaux.

et en requiert inscription, mais le notaire n'exécute pas son mandat ; l'époux coupable qui divorce est condamné à des aliments au profit de son conjoint ; une personne n'exerce pas une surveillance suffisante sur les choses dangereuses qu'elle possède ; dans toutes ces hypothèses, il y a droit éventuel, qui se transformera en droit pur et simple le jour où la lésion interne se produit, le jour où l'on aura constaté que le défaut d'inscription a empêché le créancier hypothécaire de produire utilement dans une procédure d'ordre, le jour où l'époux créancier d'aliments est dans le besoin, le jour où le défaut de surveillance de la chose dangereuse cause un accident.

Et il faut remarquer que les délits et quasi-délits ne donnent pas naissance à des droits éventuels seulement dans l'hypothèse où le dommage ne s'est pas encore réalisé ; il peut y avoir droit éventuel même si le dommage a pris naissance, pourvu qu'il ne se complète définitivement qu'à la longue. Ainsi, on me cause un accident ; une lésion immédiate s'ensuit, mais elle produira un dommage plus ou moins grand suivant que des complications imprévues surgissent ou non. Etant donnée l'indétermination du dommage futur, le droit de demander une réparation pour un accident actuellement causé ne peut être qu'éventuel. Nous verrons plus loin que cette variété de droits éventuels est caractéristique, car les tribunaux les considèrent comme droits purs et simples.

DEUXIÈME PARTIE

ORGANISATION JURIDIQUE DES DROITS ÉVENTUELS

223. Nous venons de déterminer les hypothèses où il y a des droits éventuels ; que reste-t-il à étudier dans une théorie générale sur la matière ? *Le fonctionnement de ces droits*, dans les différentes phases qui constituent la vie juridique. Le premier point qui devra retenir notre attention est celui des prérogatives que la loi reconnaît au créancier éventuel. Après, successivement, il y aura à rechercher si les droits éventuels peuvent être transmis, et de quelle manière. Viennent ensuite les différents modes d'extinction de ces droits. Et comme, après avoir parcouru tout le domaine de l'éventualité (droits du créancier, transmission, extinction), nous touchons à la limite qui sépare les droits éventuels des droits purs et simples, une dernière question est à résoudre : que se passe-t-il lorsque l'éventualité se réalise, quels sont les effets de la transformation d'un droit éventuel en droit pur et simple ? Conséquemment, cette seconde partie sera divisée en quatre chapitres :

- 1° Droits des créanciers éventuels ;
- 2° Transmission des droits éventuels ;
- 3° Extinction des droits éventuels ;
- 4° Réalisation de l'éventualité.

CHAPITRE PREMIER

Droits des créanciers éventuels

224. Nous avons dit que l'étude des droits éventuels trouve son principal fondement dans la nécessité qu'il y a de protéger certaines situations, où il ne peut encore être question de droit pur et simple, et où l'intérêt pratique exige pourtant qu'il y ait déjà droit partiel ; cela revient à dire que la notion du droit éventuel ne doit exister que dans la mesure où l'on peut reconnaître des avantages, des droits, au créancier éventuel. Et, alors, voilà le côté délicat du problème : si la loi reconnaît dans certains articles l'existence de la modalité éventualité, il n'y a pas de textes qui nous renseignent sur les droits que l'on doit conférer aux créanciers éventuels ; or, n'est-ce pas une tâche presque impossible que de déterminer, en dehors d'une réglementation légale, la portée d'un droit ? La tâche est certainement difficile ; elle ne nous semble pourtant pas impossible : il y a dans notre matière, à défaut de textes, une certaine organisation *virtuelle* du fonctionnement

des droits éventuels, qui, corroborée par les principes généraux, peut nous conduire à trouver la solution du problème.

225. En effet, en reconnaissant l'existence des droits éventuels, la loi a virtuellement décidé que le créancier éventuel doit avoir certaines prérogatives, doit pouvoir faire certains actes de créancier, autrement cela reviendrait à dire qu'il n'y a pas de droit éventuel, car à quoi servirait un droit en vertu duquel on ne peut rien faire? En reconnaissant que le créancier éventuel a certaines prérogatives, et en ne les édictant pas en conséquence, la loi ne peut être considérée que comme avoir eu l'intention de laisser aux interprètes la mission de déterminer ces droits, suivant la nature de l'éventualité, suivant la place qui lui est rationnellement assignée dans la technique juridique actuelle. Que nous révèle cette technique? Que l'éventualité est une modalité voisine de la condition, mais inférieure à cette dernière quant aux effets juridiques qu'elle produit : un droit éventuel étant incomplet, par définition, et un droit conditionnel étant un droit complet, qui ne manque d'aucun de ces éléments essentiels, mais que la dépendance, qu'on a établi volontairement entre sa réalisation et un fait extérieur, rend seul non exigible, il est logique de conclure que *jamais les droits des créanciers éventuels ne peuvent dépasser ceux d'un créancier conditionnel*. Nous avons donc trouvé le maximum des droits du créancier éventuel : c'est

le point capital du problème. Il nous faut pourtant trouver un autre élément de discussion : le créancier éventuel aura-t-il tous les droits du créancier conditionnel et sinon, quels droits reconnus au créancier conditionnel sont interdits au créancier éventuel ? La réponse doit s'inspirer de l'essence de tout droit subjectif. Si le droit subjectif est un intérêt juridiquement protégé, et si la loi reconnaît le droit éventuel sans limiter sa force juridique, ou, plutôt, sans restreindre son maximum normal d'épanouissement, le créancier peut, jusqu'à cette limite extrême, faire tout ce que son intérêt exige. Conséquemment, l'assimilation, en principe, des droits éventuels aux droits conditionnels s'impose ; nous disons « en principe », car il se peut qu'exceptionnellement cette assimilation soit impossible.

226. L'examen attentif de la nature de l'éventualité nous conduit à une nouvelle conséquence. Le droit éventuel, n'existant que parce que les parties ont préféré, à la réalisation immédiate d'un acte juridique, une réalisation successive de ce dernier, est normalement, et presque certainement, destiné à se transformer en droit dur et simple ; c'est, en effet, la création d'un droit pur et simple que poursuivent les parties qui établissent un droit éventuel. Et alors, si le créancier conditionnel ne peut rien faire, de par la nature de son droit, pour arriver à être investi d'un droit pur et simple, il en est autrement du créancier éventuel qui doit pouvoir faire

tout le nécessaire pour arriver à obtenir le droit pur et simple qu'il a eu en vue, et par rapport auquel la créance éventuelle qu'on lui a concédée joue simplement le rôle d'un acompte. Donc, à côté des droits qu'a un créancier conditionnel, le créancier éventuel peut, toutes les fois que l'intention des parties ne s'y oppose pas, contraindre son débiteur à lui concéder un droit pur et simple.

227. Dernière observation : en étudiant quelques décisions judiciaires et la solution que donne la pratique à certains litiges, on voit, qu'analysées au point de vue de la technique, les règles établies signifient qu'il y a des cas où, par extraordinaire, le droit éventuel est assimilé, non plus à un droit conditionnel, mais à un droit pur et simple. C'est là une conclusion synthétique, obtenue par analyse, et dont nous devons tenir compte dans cette partie de notre travail.

228. Il résulte de tout ce qui précède que les droits du créancier éventuel ont, d'une façon générale, une triple face ; en conséquence, dans ce chapitre, nous étudierons trois points :

1° Droits des créanciers éventuels de faire les actes conservatoires ;

2° Droits de poursuivre la réalisation de l'éventualité ;

3° Régime exceptionnel.

I

Droits des créanciers éventuels de faire les actes conservatoires

229. Quels sont les droits reconnus aux créanciers conditionnels et qui, par contre-coup, seront permis aux créanciers éventuels ? Il ne s'agit pas des créanciers sous condition résolutoire : cette dernière n'empêche pas la naissance du droit ; le créancier sous condition résolutoire aura tous les droits du créancier pur et simple, mais sous la menace d'une disparition rétroactive le jour où la condition viendrait à s'accomplir. Il s'agit ici des créanciers sous condition suspensive, lesquels peuvent faire seulement les *actes conservatoires*, par opposition aux actes d'exécution appartenant aux créanciers purs et simples.

230. La notion de l'acte conservatoire n'a pas toujours été saisie avec une ampleur suffisante. Souvent, on n'y a fait rentrer que les actes qui empêchent un droit de s'éteindre : cette conception est visiblement trop étroite, car, d'une part, elle ne comprend que les actes interruptifs de prescription, d'autre part, l'intérêt du créancier nécessite, en dehors de ceux-là, un grand nombre d'autres actes qui n'ont pas le caractère exécutoire. On doit donc

comprendre par actes conservatoires tous ceux qui *conservent et fortifient* le droit, en assurant, pour plus tard, son exercice utile. Conséquemment, on y fera rentrer, à côté des actes interruptifs de prescription : les réquisitions d'inscriptions hypothécaires, les oppositions et levées de scellés, les inventaires, les protêts, les oppositions au partage, les demandes à fin de séparation de patrimoines, la consignation, le séquestre, les interventions des créanciers dans les instances en partage et dans les séparations de biens, les protestations et réserves, la surenchère, etc.

231. Procédons par voie de recherches, et déterminons quels actes conservatoires *in specie* sont permis aux créanciers éventuels.

232. Réquisitions d'inscriptions hypothécaires. — Une hypothèque est éventuellement constituée, par exemple : pour assurer le paiement du reliquat d'un compte courant, je concède au banquier, qui me crédite, une hypothèque sur un de mes immeubles. Ce créancier hypothécaire éventuel pourra-t-il inscrire son hypothèque dès le jour de l'ouverture de crédit, ou devra-t-il, à cette fin, attendre que je sois devenu son débiteur, que sa créance contre moi soit certaine et liquide ? La doctrine lui permet de prendre l'inscription hypothécaire dès le jour de l'ouverture de crédit (1), et avec raison selon

1. C'est généralement, à propos de la date à laquelle remonte l'hypothèque constituée en vue d'une ouverture de

nous. En effet, pour que la garantie concédée soit sérieuse, il faut que le débiteur ne puisse l'annihiler par des hypothèques constituées postérieurement et qui pourraient être inscrites aussitôt, tandis que celle du créancier éventuel, bien qu'antérieure en date, ne peut être rendue opposable aux tiers par le procédé de l'inscription. L'inscription hypothécaire est donc, pour le créancier éventuel, la condition d'existence de son droit, et ce serait une injustice que de la lui refuser une fois l'hypothèque concédée. Mais cette question en appelle nécessairement une autre : permettre aux créanciers éventuels de prendre une inscription hypothécaire, avant la réalisation de leur droit, c'est implicitement admettre, qu'une fois le droit éventuel transformé en droit pur et simple, l'hypothèque prendra rang au jour de son inscription. C'est là une question que nous examinerons dans le dernier chapitre de ce travail ; pour le moment, constatons simplement que l'inscription hypothécaire est permise au créancier éventuel.

233. Signification d'une cession éventuelle de créance. — Le cessionnaire éventuel d'une créance peut-il signifier, dès à présent, au débiteur, la cession à lui consentie ? Nous le pensons. La signi-

crédit, que les auteurs s'occupent de la question. Voir : Aubry et Rau, t. III, p. 479. — Demolombe, t. XXV, n° 392. — Guillouard, *Hypothèques*, t. II, n°s 1032 et suivants. — Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 729. — Baudry et de Loynes, *Hypothèques*, t. II, n° 1286.

fication n'est qu'un acte de conservation : celui auquel vous avez cédé un droit, ne fût-ce qu'éventuellement, doit pouvoir assurer le maintien de son droit dès à présent ; autrement la cession n'est pas sérieuse. A quoi servirait le droit du cessionnaire éventuel, si le débiteur pouvait, jusqu'à la réalisation de l'éventualité dont dépend la cession, se libérer entre les mains du cédant ?

Mais, ici, une observation : pour que la question de signification d'une cession de créance puisse se poser quant à un créancier éventuel, on pourrait supposer que, ce qui doit être éventuel, c'est la cession et non pas la créance cédée. En effet, pour qu'on puisse parler de signification au débiteur d'une créance cédée, il faut que le débiteur existe, donc que la créance existe ; l'éventualité, qui ferait naître une telle question, ne peut affecter *que la cession* d'une créance *existante*. Par exemple : Primus doit à Secundus une somme de 10.000 francs et Secundus la cède à Tertius pour le cas où ce dernier voudra peindre un tableau convenu. Mais un cessionnaire de droits peut être aussi créancier éventuel, parce que *la créance cédée* est éventuelle : je vous cède le prix d'un immeuble que je n'ai pas encore vendu. Ici, quoique la cession soit valable (1), peut-on parler de signifier la créance cédée ? Le débiteur n'existe même pas ! Pourtant, ainsi que nous

1 Voir *supra* nos 48 à 54.

aurons l'occasion de l'expliquer, on est arrivé à permettre, même dans le cas d'une cession de créance éventuelle, de signifier cette dernière aux débiteurs probables de la créance éventuelle (1).

234. Prise en possession d'un gage éventuel.

— Un gage est constitué, par un tiers, en assurance d'une dette qu'une personne contracterait chez moi ; ai-je le droit de demander, dès à présent, la possession de l'objet du gage, avant même que la dette ait été contractée ?

La question est la même pour tous les contrats réels d'assurance. Remarquons encore qu'il n'y a, dans notre exemple, créancier *gagiste éventuel* que pendant l'intervalle qui sépare la constitution du gage de celui où la dette est contractée ; à partir de ce dernier moment le droit du créancier gagiste est pur et simple.

Or, si le créancier éventuel peut faire des actes conservatoires, s'il n'est pas besoin, à cette fin, qu'on soit créancier pur et simple, c'est pendant la période qui sépare la constitution du gage et la naissance de la dette qu'on doit reconnaître au créancier gagiste l'entrée en possession de la chose, mesure indiscutablement conservatoire, car elle est, pour un créancier gagiste, ce qu'est l'inscription pour un

1. *Infra* n° 273. Le fait que le débiteur n'existe pas n'entraînera donc qu'une seule conséquence : la cession ne vaudra *qu'inter partes*.

créancier hypothécaire. D'ailleurs, telle nous semble devoir être l'intention des parties : celui qui consent un gage pour une dette future doit raisonnablement perdre la possibilité d'annihiler la sûreté consentie par la constitution d'un second droit de gage sur cet objet ; or ce résultat, cette sécurité du premier créancier gagiste ne sera obtenue que par la mise en possession de ce dernier.

Nous dirons donc que le créancier gagiste éventuel, partant, tout créancier éventuel d'une sûreté exigeant la dépossession du débiteur, pourra exiger immédiatement cette dépossession.

235. Action en reconnaissance de droit. —

Une signature contenue dans un acte privé peut toujours être déniée par celui à qui on l'oppose ; l'acte sous seing privé ne faisant pas foi, par lui-même, de son authenticité, a besoin d'être démontré sincère. Or, le porteur d'un acte sous seing privé ne doit pas attendre l'exigibilité de son titre pour procéder à cette opération : dès avant l'échéance, il peut agir contre le signataire en lui demandant la reconnaissance de la signature, ou la vérification de cette dernière s'il la conteste. (Art. 193 du C. de pr. civ.)

Cette action en reconnaissance de titres, et partant, de droits, est donnée non seulement au créancier à terme, mais encore au créancier conditionnel ; doit-elle être reconnue au créancier éventuel, ou, autrement, le créancier éventuel peut-il agir en reconnaissance de son titre ?

Nous le pensons, et, pour nous, la question ne fait pas de doute. En effet, quelle est la raison d'être de ce droit ? On a craint le dépérissement des preuves, on a pensé que forcer un créancier d'attendre l'échéance de son droit pour procéder à la reconnaissance du titre était rendre souvent cette dernière illusoire. L'impossibilité de faire la preuve de l'écriture longtemps après la confection de l'acte, surtout si le signataire vient à décéder (1), est, en effet, presque certaine. Et, alors, le droit d'agir en justice nous semble attaché à tout titre, qui n'a pas été vérifié en justice, incorporé au titre même, existant au profit de tout porteur légitime du titre, quel que soit le droit que ce titre lui confère. D'ailleurs, l'intérêt du créancier éventuel, qui doit nous donner la mesure de son droit, milite en faveur de cette solution : à supposer que l'éventualité se réalise, le créancier éventuel a tout intérêt à voir son titre reconnu avant l'échéance, car, si cela n'était pas et si un procès s'engageait entre les parties une fois l'éventualité réalisée, le créancier n'obtiendrait un titre exécutoire que de longues années après !

236. Le droit, que nous venons de reconnaître au créancier éventuel, de faire établir sa créance en justice avant la réalisation de l'éventualité, se révèle à l'analyse comme renfermant plusieurs prérogatives : droit de demander une vérification d'écritures,

1 Larombière, t. II, p. 479.

une expertise, une enquête, un interrogatoire sur faits et articles, une délation de serment décisoire ou supplétoire. Le tribunal est obligé d'accorder au demandeur, créancier éventuel, toutes ces mesures tendant à lui assurer la preuve de son droit, pour peu que leur utilité en ait été constatée.

237. Mais, alors, ne pourrait-on pas tirer argument contre notre raisonnement de la tendance actuelle de la jurisprudence, qui interdit l'expertise à futur (1), et se montre très hésitante à accorder l'enquête à futur (2)? Nous ne le pensons pas : entre une demande d'expertise ou d'enquête à futur et celle faite par un créancier éventuel qui sollicite une enquête ou une expertise pour constater son droit, il y a une différence irréductible : d'une part, on demande la preuve *d'un fait* d'où peut naître un droit, d'autre part, on réclame la preuve *d'un droit* menacé d'être réduit à néant par l'impossibilité d'en faire ultérieurement la preuve. A la vérité, le proprié-

1. Cass. req., 25 oct. 1886. S. 87. 1. 164; trib. de Saint-Calais, 25 mars 1887. D. 87. 3. 111; Cass., 6 févr. 1900. D. 1900. 1. 167.

2. Un arrêt de Besançon du 31 août 1844 (S. 45. 2. 625. D. 46. 2. 28) a autorisé un propriétaire, des travaux étant en cours d'exécution chez un voisin et pouvant le priver des avantages d'une source dont il jouissait actuellement, à faire établir quelle était la situation dont il jouissait actuellement pour le cas où les travaux lui causeraient un dommage. V. dans Demogue, *op. cit.*, II, p. 284, les raisons pour lesquelles il faut approuver cet arrêt.

taire qui demanderait aux tribunaux de constater, par une enquête à futur, l'état de l'immeuble au moment où son locataire quitte les lieux, pour se réserver une preuve dans le cas où il introduirait une demande en dommages-intérêts contre ce dernier, n'a pas à prouver le bien-fondé de cette action en réparation ; il se borne à demander une constatation matérielle, dont le tribunal n'est pas à même d'apprécier l'utilité. Au contraire, celui qui veut prouver par témoins, dans les cas permis par la loi, l'existence d'une créance future à lui cédée, a déjà dans son patrimoine l'élément capital du droit pur et simple de demain ; ayant déjà un *droit* éventuel, ce demandeur pourra mettre les tribunaux en état d'apercevoir l'utilité de cette mesure procédurale.

D'ailleurs, nombre d'excellents auteurs (1) sont d'une opinion favorable à l'admissibilité de l'expertise et de l'enquête à futur, dans l'acception la plus étroite de ces dernières.

238. Hypothèque judiciaire. — Quand le créancier éventuel a établi son droit en justice ou vérifié son titre sous seing privé, naît la question de savoir si le jugement de condamnation ou de vérification d'écritures, obtenu par le créancier éventuel, comporte une hypothèque judiciaire ? Si l'on répond affirmativement, naît une seconde question : à partir de

1. Garsonnet, t. II, p. 552 et 554 ; Glasson, *Procédure*. t. I, p. 570 et 616.

quelle date cette hypothèque judiciaire pourra-t-elle être inscrite sur les biens du débiteur éventuel ?

239. La question de savoir à quels jugements est attachée l'hypothèque judiciaire est très controversée ; pourtant, il est un principe dans la matière, que nous pouvons faire intervenir utilement : il n'est nul besoin que les jugements renferment une condamnation actuelle et déterminée pour que l'hypothèque judiciaire prenne naissance. Aussi, les auteurs parlent-ils de droits conditionnels, éventuels ou indéterminés garantis par l'hypothèque judiciaire. Mais, ainsi que le remarque fort judicieusement M. Demogue (1), ce que l'on cite le plus souvent comme exemple de ce genre, ce sont des condamnations à des dommages-intérêts fixés par état, ou des jugements obligeant un gérant d'affaires ou mandataire à rendre compte : dans ces cas, la condamnation, tout en étant indéterminée, est néanmoins *actuelle*. Or, la question qui nous intéresse vise plus loin encore : une condamnation *éventuelle* peut-elle comporter une hypothèque judiciaire ? Nous croyons que la tendance actuelle des auteurs, quoiqu'ils n'aient pas discuté le problème, ne saurait indiquer raisonnablement que l'affirmative.

En effet, l'hypothèque judiciaire apparaît à l'analyse comme étant la sanction de la résistance d'une personne au droit d'une autre ; toutes les fois que, par un moyen quelconque, le débiteur a amené un

1. *Op. cit.*, II p. 286.

procès duquel est ressorti le bon droit du demandeur, la condamnation est considérée comme devant être accompagnée d'une hypothèque judiciaire. Les tribunaux vont même si loin dans l'application de cette idée, qu'ils décident que, par le simple fait qu'une obligation a été constatée en justice, elle doit être garantie par une hypothèque judiciaire. Nul doute donc que le créancier éventuel, qui a tout intérêt à prouver son droit avant la réalisation de l'éventualité, et qui se voit contraint, par la résistance non fondée de son débiteur, à lui faire un procès afin d'établir sa créance, ne se trouve dans la situation voulue pour bénéficier d'une hypothèque judiciaire.

Mais que décider dans l'hypothèse où le créancier éventuel assigne simplement son débiteur en justice en reconnaissance d'écriture ? Y a-t-il ici encore jugement donnant lieu à une hypothèque judiciaire ? Evidemment ; on admet généralement (1) que le jugement qui se prononce sur une reconnaissance ou vérification d'écriture constitue un acte judiciaire : or l'article 2123 attache l'hypothèque aux reconnaissances ou vérifications faites en justice de signatures apposées à un *acte obligatoire* sous seing privé. Et peut-on dire que le droit éventuel est si peu de chose, si près de l'expectative, qu'on soit tenté d'enlever le

1. V. cependant les réserves faites par M. Demogue, *op. cit.*, II, p. 287.

titre d'*acte obligatoire* au sous seing privé qui constaterait une créance éventuelle ?

240. Si le jugement comprenant une condamnation éventuelle produit une hypothèque judiciaire sur les biens du débiteur, demandons-nous : à quelle date le créancier pourra-t-il prendre une inscription ?

La question ne peut être résolue qu'à l'aide de l'intention des parties. Si les contractants n'ont pas eu l'intention de créer une garantie réelle immédiate — preuve qu'un engagement purement chirographaire a été pris, — si l'hypothèque judiciaire apparaît comme une espèce de peine civile contre le débiteur *en retard*, il est indiscutablement logique que le créancier éventuel, qui a obtenu un jugement comportant une hypothèque judiciaire, ne puisse prendre une inscription *que le jour où l'éventualité s'est réalisée*, et que son droit est devenu pur et simple ! Cette solution est donnée par la loi du 3 septembre 1807 quant à l'inscription de l'hypothèque attachée aux reconnaissances d'obligations sous seing privé : le créancier ne peut prendre inscription avant l'exigibilité de la dette. Nul doute pour nous, comme pour M. Demogue (1), que le principe de la loi du 3 septembre 1807 ne doive être étendu aux jugements qui contiennent une condamnation éventuelle, bien que sa portée légale n'excède pas les reconnaissances d'obligations sous seing privé : décider autrement serait, en effet, violer l'in-

1. *Op. cit.* II, p. 287.

tention des parties et arriver à permettre l'inscription hypothécaire avant terme au créancier qui fonde son droit sur une obligation verbale, tout en l'interdisant à celui qui peut invoquer un acte sous seing privé !

241. Droit à une collocation. — Le créancier éventuel peut-il produire dans une procédure de distribution — par voie d'ordre ou de contribution — qui s'ouvrirait sur les biens de son débiteur, avant l'échéance de son droit ? Notons que, en ce qui concerne les créanciers conditionnels, l'affirmative n'est pas douteuse : qu'il s'agisse d'une procédure d'ordre (1) ou de contribution (2), le créancier conditionnel pourra se faire colloquer pour le montant de sa créance ; et la somme allouée sera mise en dépôt à la Caisse des dépôts et consignations jusqu'au jour où la condition viendra à se réaliser.

Le créancier éventuel aura-t-il le même droit ? On a proposé pour répondre, une distinction qui nous semble très rationnelle : le créancier éventuel peut se faire colloquer dans une procédure d'ordre ; il ne pourra, au contraire, prétendre au même droit dans une distribution par contribution (3). Expliquons le fondement de cette distinction.

242. Commençons par observer que, permettre

1. Aubry et Rau, 3^e édition., t. IV, p. 114. — Demolombe, t. XXV, n^o. 370. — Colmet de Santerre, t. V, n^o. 99 *bis*-1^o. — Larombière, t. II, p. 479.

2. Mêmes auteurs, sans Larombière.

3. V. Demogue, *op. cit.*, II, p. 288.

au créancier éventuel de se produire dans une distribution d'ordre c'est l'assimiler au créancier conditionnel : ce qui est la règle dans notre matière. Ensuite, remarquons que si l'on ne reconnaissait pas au créancier éventuel hypothécaire ou privilégié le droit de se faire colloquer, on tomberait dans un dilemme insoluble. En effet, si le créancier hypothécaire éventuel n'est pas colloqué lors de la vente de l'immeuble, de deux choses l'une : ou bien son hypothèque persiste après l'ordre, ou bien elle est éteinte une fois l'ordre clos. Admettre la première hypothèse, c'est reconnaître que certaines hypothèques subsistent malgré la purge, ce qui est impossible ; admettre la seconde hypothèse, c'est enlever toute utilité à l'hypothèque éventuelle, constituée valablement, son titulaire ne pouvant faire ni des actes d'exécution, ni produire à l'ordre. Le droit du créancier éventuel de produire dans une distribution d'ordre apparaît donc comme inévitable (1) !

243. Au contraire, de puissantes objections se présentent, lorsqu'on veut assimiler le créancier éventuel au créancier conditionnel, quant au droit de se faire colloquer dans une distribution par contribution. En reconnaissant aux créanciers éventuels, c'est-à-dire à des personnes qui ne sont pas encore

1. Cette solution est admise pour les créances des mineurs contre le tuteur : Aubry et Rau, t. III, p. 544. — Garsonnet, t. IV, p. 562.

titulaires de droits purs et simples, certaines prérogatives, nous n'avons fait qu'écouter leur intérêt. Mais, dans quelle mesure cet intérêt devra-t-il être respecté ? Tant que la protection qu'on lui accorde ne va pas à l'encontre d'intérêts préférables ! Or, si l'on reconnaissait aux créanciers éventuels le droit de produire dans une distribution par contribution, on permettrait à une infinité de gens, qui n'ont pas la certitude d'avoir réellement quelque chose à exiger, de demander une collocation *au détriment des créanciers chirographaires purs et simples*. Pour ne pas exposer ces derniers à une véritable ruine, et cela pour complaire à une catégorie de personnes bien moins dignes d'intérêt, n'est-il pas nécessaire d'interdire à un créancier éventuel le droit de produire dans une procédure de contribution ?

Et que l'on ne plaigne pas le créancier éventuel pour sa situation précaire. S'il avait voulu produire, en cas de déconfiture ou de faillite de son débiteur, il aurait dû se faire accorder une hypothèque.

Si, à cette règle, on apportait une exception : peuvent être colloqués les créanciers dont l'éventualité se réalise *pendant* la procédure de contribution, mais *avant* sa clôture, on arrive à élaborer un système rationnel, équitable et très soucieux de l'intérêt pratique (1).

1. En effet, il ne peut être ici question d'une négligence imputable au créancier ; aussi c'est la raison pour laquelle nous autorisons le créancier éventuel à produire même si l'éventua-

244. Saisie-arrêt. — La question de la saisie-arrêt, en matière de droits éventuels, affecte deux formes distinctes : peut-on saisir-arrêter une créance éventuelle ; un créancier éventuel peut-il opérer une saisie-arrêt pour sauvegarder son droit ?

245. Quant au premier point, pas de doute possible : un débiteur éventuel peut voir un créancier de son créancier faire opposition entre ses mains. La jurisprudence est constante là-dessus (1), quoiqu'il faille observer que, souvent, les arrêts posent à propos d'une créance simplement douteuse (2) le principe qu'une créance éventuelle peut être saisie-arrêtée. Pourtant, une pareille saisie-arrêt ne peut conduire à une condamnation de payer qu'à partir du moment où le droit est devenu définitif (3).

246. Le côté délicat du problème est la seconde forme de la question : si un créancier éventuel peut saisir-arrêter en vertu de son droit. Si nous nous en rapportons à la jurisprudence des Cours d'appel (4), nous constaterons que ces dernières interdisent aux créanciers à terme ou conditionnels de faire une sai-

lité se réalise après l'ouverture de l'ordre, mais avant sa clôture.

1. Cass., 29 oct. 1890. S. 91. 1.440, note de M. Balleydier. — Cass., 27 nov. 1894. S. 96. 1. 489. — Garsonnet, t. III, n° 600.

2. Cass., 5 juin 1896. S. 1901. 1. 314.

3. Arrêts de cassation précités, Cass., 29 oct. 1890 et 5 juin 1896.

4. V. Poitiers, 12 déc. 1876. S. 78. 2. 39.

sie-arrêt, d'où, par *a fortiori*, les créanciers éventuels ne pourraient avoir un pareil droit. Mais nous croyons que la question ne peut être tranchée qu'après avoir déterminé le caractère juridique de la saisie-arrêt. La première phase de la saisie-arrêt, *l'opposition*, ne peut constituer qu'un acte conservatoire ; la seconde phase, *le jugement de main-vidange*, a certainement un caractère exécutoire. Aussi, la conclusion qui s'impose sera la suivante : le créancier éventuel, qui peut faire des actes conservatoires, pourra faire opposition de payer entre les mains du débiteur de son débiteur éventuel ; mais comme il ne peut faire des actes exécutoires, il devra surseoir, quant au jugement de validité, jusqu'au jour où son droit deviendra pur et simple. Ces solutions nous semblent conformes à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui attribue à la saisie-arrêt, comme nous, successivement un caractère conservatoire et exécutoire. Quant à ses arrêts qui interdisent de saisir-arrêter une créance non liquide (1), disons avec M. Demogue (2), qu'on a tort de confondre la non liquidité, *état de fait*, et l'éventualité, *état de droit*, de la créance. En effet, je puis avoir une créance éventuelle liquide, par exemple : on me cède une assurance à contracter de 20.000 francs.

1. Cass., 22 juin 1870. S. 71. I. 196. — 22 août 1871 S. 71. I. 197.

2 Demogue, *op cit.*, II, p. 291.

247. Appositions des scellés et inventaire.

— Dans ses articles 907 à 944, le Code de procédure s'occupe avec force détails des formalités relatives à l'apposition des scellés, aux oppositions aux scellés, à la levée des scellés et à l'inventaire. Quoique la loi s'en occupe spécialement à l'occasion de l'ouverture d'une succession, nulle doute que les scellés puissent être apposés dans d'autres circonstances, par analogie de ce qui est dit en matière de successions, notamment en cas de dissolution de communauté, de séparation de biens, de faillite, de saisie-exécution, d'absence, etc. Il s'ensuit qu'il est d'un grand intérêt pratique de savoir si les créanciers éventuels figurent parmi les personnes qui peuvent demander ces formalités destinées à sauvegarder, contre tout détournement, le patrimoine du débiteur.

Qui peut (1) demander l'apposition des scellés ? En principe, décide la doctrine, toute personne qui a un intérêt (2) ; spécialement, établit la loi, le droit de requérir les scellés appartient à tous les créanciers, pourvu qu'ils aient titre exécutoire ou qu'ils

1. Remarquons que ce n'est que sous cette forme que la question de l'apposition des scellés peut intéresser les créanciers éventuels ; sous la seconde forme que cette question comporte, « quelles sont les personnes qui doivent apposer les scellés », elle est évidemment étrangère aux créanciers éventuels.

2. Glasson, t. II, p. 583 et Riom, 29 novembre 1879. D. 81. 2. 69.

obtiennent l'autorisation du président du tribunal ou du juge de paix du canton où les scellés doivent être apposés (art. 901 du C. de pr. et 820 du C. civ.). Or, nous pensons que les créanciers éventuels, quoique ayant encore beaucoup à attendre avant d'obtenir un titre exécutoire, peuvent requérir l'apposition des scellés sous la condition d'avoir obtenu l'autorisation de justice exigée par l'article 901 du Code de procédure. En effet, les créanciers éventuels ont intérêt à ce que les biens de leur débiteur ne soient détournés, à ce que, spécialement, la chose à eux promise éventuellement se retrouve dans le patrimoine, le jour où l'éventualité se réalisera ; et le président ou le juge de paix sera toujours à même d'apprécier, dans l'espèce, l'utilité d'une telle mesure pour les créanciers éventuels au moment où ces derniers requièrent l'autorisation. D'ailleurs, l'apposition des scellés est une mesure conservatoire, et, comme telle, elle ne saurait être refusée aux créanciers éventuels.

Si les créanciers éventuels ont le droit de requérir les scellés, ils pourront encore faire opposition à ce que les scellés soient levés en dehors de leur présence, ou, tout au moins, sans qu'ils aient été appelés ; et, à cette fin, la loi ne requiert ni titre exécutoire, ni autorisation de justice. Implicitement, comme corollaires des droits reconnus jusqu'ici aux créanciers éventuels, ces derniers pourront-ils demander la levée des scellés apposés et assister à la confec-

tion de l'inventaire, car la loi n'enlève le droit de demander la levée de scellés qu'à ceux « qui ne les ont fait apposer qu'en exécution de l'article 909 » (art. 930 du C. de pr.)

248. Séparation de patrimoines. — Le créancier éventuel a grand intérêt à ce que le patrimoine de son débiteur décédé ne se confonde avec celui de l'héritier insolvable ; aussi lui reconnaissons-nous le droit d'empêcher cette confusion regrettable par une demande de séparation de patrimoines. D'ailleurs, la doctrine n'exige, pour reconnaître à un créancier le droit de demander la séparation de patrimoines, ni titre écrit ni créance pure et simple ; or, du moment qu'un créancier conditionnel peut jouir du bénéfice de l'article 878 du Code civil, il n'y a pas de raison pour le refuser au créancier éventuel.

249. Opposition au partage. — On connaît le régime *exceptionnel* créé par la loi pour réprimer la fraude en matière de partage : il faut que le créancier fasse opposition entre les mains des cohéritiers pour que ces derniers ne procèdent pas au partage en dehors de sa présence ; si les cohéritiers partagent les biens de la succession sans appeler le créancier opposant, ce dernier peut annuler le partage sur la simple preuve du préjudice qu'on lui a causé ; mais, à l'inverse, si le créancier ne fait pas d'opposition, il ne peut attaquer le partage une fois consommé, fût-il fait en fraude de ses droits !

On comprend maintenant l'importance qu'a, aux

yeux d'un créancier, l'opposition au partage requise par l'article 882. Dès lors, nul doute que le créancier éventuel, comme le créancier à terme ou conditionnel, n'ait le droit de faire opposition au partage auquel son débiteur éventuel prend part, mesure indiscutablement conservatoire.

250. Droit d'intervenir dans une instance en séparation de biens. — Il s'agit là encore d'une mesure conservatoire : en effet, le créancier éventuel a intérêt à ce que la séparation des biens ne soit pas obtenue en fraude de ses droits ; aussi est-elle légitime sa demande d'intervenir dans le procès de séparation afin de sauvegarder ses droits.

251. Action oblique, action paulienne. — Le créancier éventuel peut-il user des bénéfices créés par les articles 1166 et 1167 du Code civil en faveur des créanciers ?

252. En ce qui concerne l'action oblique, la doctrine la considère comme étant plus qu'un acte conservatoire, comme étant presque un acte d'exécution ; aussi, la refuse-t-elle constamment aux créanciers conditionnels (1). D'autant plus, un créancier éventuel ne pourra-t-il pas user de l'action oblique (2). Et la solution est équitable : la situation du créan-

1. Aubry et Rau, t. IV, 5^e éd., p. 200. — Huc, t. VII, p. 257. — Laurent t. XVI, p. 531. — Demolombe, t. XXV, p. 100. — Baudry et Barde, *Obligations*, t. I, p. 540. — Planiol, II, 3^e éd., n^o 287. 2.

2. Baudry et Barde, *op. cit.*, p. 541 en note.

cier éventuel n'est pas assez solide pour que l'on aille jusqu'à lui permettre de s'immiscer dans les affaires de son débiteur.

253. Quant à l'action paulienne, la question fait encore moins de doute. Les auteurs ne permettent pas aux créanciers sous condition suspensive d'user du bénéfice que leur accorde l'article 1167 (1) ; donc les créanciers éventuels, qui ne peuvent avoir plus de droits que les créanciers conditionnels, ne sauraient prétendre à une telle prérogative. D'ailleurs, qu'il s'agisse d'un créancier conditionnel ou d'un créancier éventuel, les difficultés sont les mêmes : l'acte frauduleux a été annulé et le bien est rentré dans le patrimoine du débiteur. Comme les créanciers conditionnels ou éventuels ne peuvent procéder à une saisie, le bien devra rester dans les mains du débiteur jusqu'à la réalisation de la condition ou de l'éventualité. A quoi l'action paulienne aurait-elle servi ? Pour que l'exercice de cette action, par les créanciers conditionnels ou éventuels, soit réellement utile, il faudrait supposer que le bien repris puisse être mis sous séquestre pendant la durée de la condition ou de l'éventualité : mais une telle mesure, quoique sage, semble se concilier difficilement avec les textes (1).

1. Aubry et Rau, t. IV. p. 216, note 1, *bis* ; Laurent, t. XVI, p. 533 ; Baudry et Barde, t. I, p. 601 ; Huc, t. VII, p. 294 ; Planiol, II, 3^e éd., n° 317.

2. Cf. Demogue, *op. cit.*, II p. 304.

254. Observations. — Il y a certainement, en dehors des droits étudiés, d'autres mesures ayant le caractère conservatoire, que les tribunaux accorderont aux créanciers éventuels, pour peu que leur intérêt soit prouvé. Nous n'avons présenté ici que les plus importants des actes conservatoires, et cela dans le but d'enlever toute possibilité de controverse quant à ceux-ci ; d'ailleurs, pour ces mesures aussi les créanciers doivent-ils prouver leur intérêt. Donc, à la question : « n'importe quel créancier éventuel peut-il exercer les droits conservatoires que nous venons d'étudier ? » nous répondons, que le créancier qui veut faire l'un des actes conservatoires énumérés doit prouver son intérêt ; une fois cette preuve faite, il a indiscutablement le droit de prendre la mesure conservatoire requise. Toute l'utilité de la théorie que nous faisons est là ; avant de voir dans ce que nous appelons droits éventuels de *véritables droits*, on pouvait dire : vous avez un intérêt, mais vous ne saurez prétendre à ce qu'il soit juridiquement protégé, parce que vous n'avez qu'un intérêt et non pas un droit. Maintenant, après ce que nous venons de dire, on peut répondre avec succès ; du moment que *la loi* me reconnaît un *droit* éventuel, on doit m'accorder la protection judiciaire pour l'intérêt que je prouve avoir. Il importe seulement de préciser une chose : il y a certains actes conservatoires que nous avons passé sous silence et qui, pourtant, sont considérés comme très importants,

par exemple : l'interruption de prescription, le protêt, la surenchère, etc. L'explication du fait est simple ; quand on parle d'actes conservatoires, on peut se placer à deux points de vue différents : à celui de la capacité nécessaire pour faire l'acte ; à celui du droit en vertu duquel on procède à cet acte. Ainsi, on dit qu'un mineur peut faire une interruption de prescription sans être autorisé par son tuteur ou conseil de famille, car il s'agit là d'un acte conservatoire, tout comme on permet, pour la même raison, à un créancier conditionnel ou éventuel de faire une opposition au partage. Dans le premier cas, ce n'est pas une question de droit, mais une question de capacité qui se pose : l'acte pouvait être fait par les représentants du mineur, si ce dernier ne pouvait l'accomplir seul, donc, dans tous le cas, l'acte était réalisable ; seulement, comme il s'agissait d'un acte de conservation, le mineur pouvait le faire seul. Dans le second cas, l'acte n'est réalisable que s'il est conservatoire : s'il est plus qu'un acte conservatoire, ni le créancier éventuel ne peut le passer, ni personne en son nom. On comprend maintenant pourquoi certains actes conservatoires, par rapport à un incapable, peuvent ne pas avoir le même caractère par rapport à un créancier conditionnel ou éventuel et pourquoi il ne peut être question d'eux dans une étude comme la nôtre.

Un exemple : le protêt peut être fait à la demande du mineur seul, car c'est un acte conservatoire ;

mais en quoi ce caractère d'acte conservatoire autoriserait-il un créancier éventuel de faire un protêt. Et comment concevoir un tel droit de la part d'un créancier éventuel ? Il faut être créancier pur et simple pour faire un protêt en nom personnel ; quant à le faire au nom du débiteur, c'est exercer la prérogative de l'article 1165, dont les créanciers éventuels n'ont pas la jouissance, ainsi que nous l'avons dit.

II

Droits de poursuivre la réalisation de l'éventualité

255. Un créancier éventuel peut-il contraindre son débiteur à ce que ce dernier accomplisse les actes nécessaires à la transformation du droit éventuel en droit pur et simple ? Un élément, tiré de la nature de l'éventualité, semble nous indiquer l'affirmative : les parties, qui ont fait naître un droit éventuel, ont eu toujours en vue un droit pur et simple ; seulement, au lieu de le créer immédiatement, elles ont préféré le construire par petits bouts. En effet, les contractants n'ont pas voulu laisser au hasard le soin de transformer leur droit incomplet en droit parfait pur et simple ; si cela était, ils auraient eu recours à la condition, non pas à l'éventualité. Les contractants ont voulu réaliser un acte juridique par petites étapes ; le point final de ce procès a été entrevu dès le premier jour, aussi doit-on leur permettre d'y arriver.

A la différence donc d'un créancier conditionnel, le créancier éventuel doit avoir le droit de poursuivre la réalisation de l'éventualité ; autrement, la volonté des parties n'est pas respectée. Seulement, à ce raisonnement, les faits viennent souvent faire brèche : je vous vends ma maison, si vous voulez l'acheter ; me permettre de vous forcer de l'acheter, n'est-ce pas violer la loi de mon propre engagement ? Pour arriver à une conclusion logique, combinons les deux données présentées, et disons : *le créancier éventuel peut poursuivre la réalisation de l'éventualité toutes les fois que l'intention des parties ou la force des choses ne s'y oppose pas.*

256. Ce droit de poursuivre la réalisation de l'éventualité a une double face : si, d'une part, il permet de faire des actes positifs qui, pesant sur la volonté du débiteur, contraignent ce dernier à parfaire le contrat incomplet auquel il a consenti, il permet, d'autre part et *a fortiori*, au créancier, d'empêcher que la négligence ou la mauvaise foi du débiteur rendent la réalisation de l'éventualité impossible. Examinons les différentes applications de ces idées, et, comme tout droit a une sanction, demandons-nous encore ce qui arriverait dans l'hypothèse où les droits reconnus aux créanciers éventuels ne seraient pas respectés ; ce qui nous permettra d'envisager la théorie des risques en matière de droits éventuels.

752. Droit de contraindre le débiteur à préparer la réalisation de la prestation éventuelle.

— Nous avons dit que ce droit appartenait au créancier éventuel suivant les circonstances, c'est-à-dire suivant l'intention des parties. Ainsi, l'acheteur d'une récolte future pourra contraindre son vendeur à ensemercer la terre et à faire tous les actes nécessaires pour la production d'une récolte. L'explication est simple : en me reconnaissant un droit éventuel sur sa récolte, le vendeur m'a tacitement conféré un droit de créance actuel me permettant de le contraindre à produire sa récolte (1). De même, si l'on me cède une assurance à contracter, je pourrai forcer le cédant à passer le contrat avec la compagnie. Ou bien si une femme dotale consent à m'accorder une hypothèque comme garantie d'un prêt à elle fait, je pourrai, conformément à ce que nous avons dit (1), poursuivre l'habilitation de la femme par devant le tribunal. Au contraire, si je déclare vendre pourvu que l'acheteur veuille acheter, je ne pourrai contraindre l'acheteur à acheter ; ou bien, si l'on consent une hypothèque pour dette future, on ne pourra pas faire naître de force la dette.

258. Droit d'empêcher la détérioration ou la destruction de la chose. — Une personne promet de vendre une chose, pour le cas où l'autre consent à l'acheter.

Le stipulant de cette promesse de vente pourra-

1. Cf. ci-dessus, n° 45, note.

1. Ci-dessus, n° 199.

t-il, avant d'avoir usé de cette promesse, empêcher le propriétaire de transformer la chose de manière à lui donner une valeur moins grande ? Evidemment : il serait absurde que le stipulant dût laisser la chose perdre toute valeur en risquant d'avoir un droit sans utilité. Mais on pourrait objecter : le stipulant n'a qu'à adhérer à la promesse de vente. Nous répondons : peut-être que cela est impossible au stipulant, soit parce qu'un terme suspensif lui a été imposé, soit parce que ce dernier doit attendre les événements qui dicteront sa conduite, soit parce que les capitaux pour payer ne peuvent être trouvés que plus tard (1).

Supposons maintenant l'inverse : une personne promet d'acheter une chose, pour le cas où son propriétaire se déciderait à la vendre. Par le fait de s'être engagé dans de tels liens, par le fait d'avoir simplement adhéré à une sollicitation d'acheter, le propriétaire sera-t-il empêché de faire subir à sa chose les modifications qui lui paraîtront convenables ? Ici, le doute peut être sérieux ; néanmoins, il faut raisonnablement décider que le bénéficiaire de la promesse d'achat ne peut plus changer sa chose au détriment du stipulant de la promesse d'acheter. Ce serait bien inique, en effet, que de reconnaître au propriétaire de la chose le droit d'imposer au promettant l'achat d'une chose dorénavant sans valeur !

1. Cf. Demogue, II, *op. cit.*, p. 301.

D'ailleurs, si, malgré la promesse d'achat à laquelle il a consenti, le vendeur voulait se réserver le droit d'user de la chose à sa guise, il n'avait qu'à obtenir, à ce sujet, le consentement du promettant au moment où ce dernier s'engageait.

Ces solutions, trouvées par nous dans deux hypothèses, doivent être généralisées et appliquées aux hypothèques pour dettes futures, ou au cas où une chose est promise sous la condition qu'on obtienne l'autorisation de l'aliéner.

Conséquemment, on peut poser en principe : toutes les fois qu'une personne est tenue d'une obligation éventuelle par rapport à une chose, le créancier peut judiciairement empêcher toute dégradation ou détérioration de cette chose.

259. Sanction de ces droits ; risques. — a) Supposons qu'un débiteur empêche par ses actes la réalisation de l'éventualité ; lui appliquera-t-on l'article 1178 qui, en matière de conditions, stipule « la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement » ? L'article 1178 édicte une véritable peine privée ; aussi ne nous semble-t-il pas raisonnable d'étendre son principe aux débiteurs éventuels (1). Dans notre matière, le tribunal se bornera à constater si, sans l'intervention du débiteur, la chose future avait pu exister, et à condamner, en cas affirmatif, le débiteur à une indemnité.

1. Cf. Demogue, II, p. 300.

b) Par la faute du débiteur, la chose promise éventuellement, sans disparaître complètement comme dans l'hypothèse précédente, se trouve, au jour où l'éventualité se réalise, gravement détériorée ; quel sera le droit du créancier ? Si la justice établit que la détérioration est tellement importante que le créancier n'aurait pas contracté s'il avait su la chose en pareil état, on reconnaîtra au créancier le droit de demander la résolution avec dommages-intérêts accessoires. Si, au contraire, la détérioration est de moindre importance, le créancier sera tenu d'exécuter le contrat et n'aura droit qu'à des dommages-intérêts proportionnellement aux dégâts soufferts.

c) Un cas fortuit détruit complètement la chose, ou lui fait simplement subir des dégradations importantes ; quelle sera la situation des parties ?

Pas de difficulté, dans l'hypothèse d'une destruction fortuite totale de la chose éventuellement promise. Comme le contrat ne se forme, selon l'intention des parties, que lorsque le dernier élément nécessaire à sa perfection se réalise, c'est alors seulement qu'on peut examiner si aucun des éléments requis pour qu'il y ait contrat ne fait défaut. Donc, si antérieurement à la réalisation de l'éventualité, l'objet vient à disparaître fortuitement, il n'y a jamais eu un contrat !

Les difficultés commencent, au contraire, lorsqu'on se demande ce qu'il adviendrait au cas de

détériorations fortuites partielles : le jour où le bénéficiaire d'une promesse de vente d'une maison déclare vouloir l'acheter, un ouragan a enlevé la toiture, ou bien une inondation a détruit une partie des bâtiments (1). L'acheteur peut-il user de l'article 1182, selon lequel, en cas d'obligation sous condition suspensive « si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve sans diminution du prix » ? M. Demogue (2) pense que les règles de l'article 1182 doivent être spéciales aux droits conditionnels, car « la loi a fait une sorte de cote mal taillée pour répartir les mauvaises chances en cas de détérioration fortuite ; c'est une sorte de principe transactionnel dont la législation aurait fort bien pu se passer, et que nous pouvons appliquer uniquement au cas spécial qu'il vise ». Seulement, M. Demogue ne nous dit pas selon quels principes on devra résoudre la question posée à défaut de l'application de l'article 1182. Or, quand du côté négatif du problème, on envisage son côté positif, sa légifération, nous constatons que la raison nous indique comme applicables les règles mêmes de l'article 1182. En effet, avant la réalisation de l'éventualité, le débiteur reste maître de sa chose, conséquemment il doit en supporter les ris-

1. Cf. Demogue, II, p. 302.

2. *Ibidem*.

ques. Le jour où l'éventualité se réalise, forcer le créancier à accepter la chose détériorée (c'est-à-dire lui enlever le droit de demander la résolution), n'est-ce pas mettre à sa charge des risques que le débiteur doit seul supporter ? La faculté de demander la résolution doit donc être reconnue au créancier en pareil cas. Et, comme la situation du débiteur est digne d'intérêt, car il est exempt de toute faute, n'est-il pas équitable — dans le cas où le créancier voudrait avoir la chose même détériorée en prouvant, par là, qu'elle lui est encore utile — de lui permettre de demander le prix entier, non réduit ? Ce sont ces solutions qu'établit l'article 1182 ; son application en matière de droits éventuels s'impose donc.

III

Régime exceptionnel

260. Nous avons vu que, *normalement*, les droits des créanciers éventuels consistaient à pouvoir faire des actes conservatoires. Mais la théorie des droits éventuels est complexe, elle présente des faces multiples ; aussi y a-t-il des créanciers éventuels qui ont une situation exceptionnelle, c'est-à-dire au-dessous ou au-dessus de la ligne que nous venons de tracer. En effet, certains créanciers éventuels n'ont même pas le droit de faire des actes conservatoires, tandis que d'autres sont traités comme des créan-

ciers purs et simples. Etudions ces deux exceptions à la règle.

*
* *

261. Nous avons reconnu aux héritiers réservataires et aux institués contractuels des droits éventuels à la succession du futur *de cujus*. Mais nous avons déjà annoncé que ces droits éventuels étaient presque sans utilité pratique, les articles 791 et 1130 prohibant les pactes sur succession future, et la doctrine interdisant généralement, quant à eux, les actes conservatoires.

En effet, peut-on reconnaître à un héritier réservataire le droit de faire des actes conservatoires, comme, par exemple, lui permettre d'agir dès maintenant pour annuler l'acte frauduleux dirigé contre lui, d'attaquer la donation déguisée que le père peut consentir pour priver son fils de la réserve ? La nature du droit éventuel dicterait une réponse affirmative, quoique le montant du droit du réservataire ne soit pas pleinement déterminé, ce dernier variant avec l'enrichissement ou l'appauvrissement de celui dont on doit hériter. Mais, à cette déduction logique, s'opposent certaines objections tirées de la structure de la vie sociale *moderne* : le sentiment de convenance *actuel* s'oppose à ce qu'un héritier fasse des actes conservatoires alors que son auteur est encore en vie ; ensuite « l'intrusion dans les affaires d'un parent est incompatible avec le secret du patrimoine auquel on tient beaucoup dans

notre monde si individualiste » (1). Une fois ces constatations faites, on comprendra aisément pourquoi nous considérons les articles 920 et 1090 qui décident que la réduction ne s'opère qu'à l'ouverture de la succession, et que la doctrine invoque si souvent pour interdire aux réservataires les actes conservatoires, comme un simple masque légal de certaines raisons intimes, profondes, de notre conception sur la vie sociale *actuelle* : à la vérité, qui ne peut voir que ces articles ne traitent pas des mesures conservatoires ?

161. Si l'héritier réservataire ne peut, dans l'opinion actuelle, faire des actes conservatoires, l'institué contractuel ne saurait avoir plus de droit que le premier (2). Ensuite, sans aller jusqu'à l'assimilation des droits aux aliments avec les droits aux successions, disons aussi que des raisons identiques font interdire les actes conservatoires aux créanciers d'aliments.

263. Les motifs que nous avons donnés pour interdire aux héritiers réservataires et aux donataires des biens à venir les actes conservatoires, prouvent que la situation de ces derniers n'est pas celle qui est dictée par la raison ; aussi, tout en souhaitant que les considérations sociales invoquées perdent leur force aussi vite que possible, devons-

1. Demogue, II, p. 293.

2. Demolombe, t. XXIII, p. 353 ; Aubry et Rau. t. VIII, p. 80 ; Planiol, III, 2^e éd., n° 3178.

nous, comme interprètes de la loi, trouver d'autres procédés juridiques qui tiennent compte de l'intérêt des réservataires sans nuire à leurs auteurs : une sorte de compensation pour la privation des actes conservatoires imposée aux réservataires et donataires de biens à venir. Et en cela, nous sommes toujours dans le domaine de l'exception, car nous parlons de droits tout autres que ceux qui appartiennent aux créanciers selon le droit commun.

264. D'abord, posons en principe l'intérêt de l'héritier réservataire d'agir pour préserver ses droits du vivant de celui dont il doit hériter. Le tiers donataire peut dissiper ses biens, les transformer en titres au porteur si faciles à cacher. Le père peut consentir, au détriment des réservataires, des actes simulés, dont la preuve, facile au début, peut devenir impossible après. Nul doute donc, que le parti pris de la doctrine d'interdire aux réservataires toute action avant l'ouverture de la succession (1) ne soit vexatoire pour ses derniers.

265. Voyons maintenant ce que l'intérêt des réservataires et institués contractuels a inspiré aux auteurs soucieux des besoins de la pratique.

Certains auteurs ont proposé de rompre avec l'opinion courante, dans des cas exceptionnellement graves, pour les deux catégories de créanciers éventuels ou pour les institués contractuels seulement.

1. Aubry et Rau, t. VII, p. 184; Baudry et Colin, *Donations*, t. I. p. 366; Huc, t. VI, p. 213.

Ainsi Demolombe (1) reconnaît que, dans des cas extrêmes, le réservataire peut prendre des mesures conservatoires, notamment une hypothèque sur les biens du défunt. De même, la Cour de cassation, dans un arrêt très ancien (2) a autorisé l'enfant d'une femme remariée à intervenir dans une instance introduite par elle pour faire réduire les avantages indirects qu'elle avait accordés à son second époux. Enfin M. Demogue (3) reconnaît franchement le droit de l'institué de prendre des mesures conservatoires. En partant de l'idée que des nuances doivent exister entre l'héritier réservataire et l'institué contractuel, malgré leur assimilation en principe, M. Demogue, tout en ne permettant pas à l'institué de s'opposer du vivant du donateur à une aliénation gratuite ou onéreuse des biens à lui donnés, autorise cependant l'institué à intervenir dans un procès de revendication que soutient le donateur à propos des biens donnés ou d'établir, dès à présent, la fraude d'un acte que le donateur dirigerait contre lui.

266. Sans aller jusqu'à ces solutions absolues, et tout en reconnaissant l'impossibilité, pour les héritiers à réserves ou donataires de biens à venir, de faire des actes conservatoires, on peut remédier à leur situation de trois manières différentes :

a) L'institué contractuel peut, dans l'acte de dona-

1. T. XIX, nos 199 à 201.

2. Cass. civ., 27 mars 1822. S. chr. t. VII, p. 44.

3. II, *op. cit.*, p. 296.

tion, se faire constituer une hypothèque, soit sur les biens donnés, soit sur d'autres, hypothèque qui fortifiera l'action en indemnité que l'institué pourrait avoir contre le donateur si des meubles, donnés à lui contractuellement, ont été aliénés à titre gratuit sans qu'il puisse les revendiquer à cause de l'article 2279 (1).

b) L'héritier à réserve peut recourir à l'interdiction si le père menace de porter atteinte à la réserve par ses dissipations.

c) Lorsque l'acquéreur d'un bien frauduleusement aliéné par le futur *de cujus* est de mauvaise foi, c'est-à-dire quand il sait que l'acte à lui consenti porte atteinte à la réserve, il commet un délit civil. Si le premier élément du délit, la faute, existe dès à présent, peu importe que le second élément, le dommage, ne se réalise qu'à l'ouverture de la succession : l'héritier a déjà un droit éventuel contre le tiers de mauvaise foi. Or, se demande M. Demogue (2), en présentant cette explication, « ce droit éventuel ordinaire, étranger dans son fondement aux idées qui interdisent à l'héritier l'exercice anticipé de la réserve, ne pourrait-il pas donner lieu à des mesures conservatoires » ? Indiscutablement, selon nous !

1. Demolombe, t. XXIII, p. 360 et suiv. — Demogue, II, p. 296. — *Contra* : Paris, 9 févr. 1875. S. 75. 2. 129.

2. *Op. cit.*, II, p. 295.

*
* *

267. Si le droit éventuel s'affaiblit en matière successorale jusqu'à se confondre avec une simple expectative, il y a des cas où il emprunte, au contraire, toute la force d'un droit pur et simple. Cela sera lorsqu'une faute a été commise et que le dommage ne se réalise pas immédiatement en entier : il prend naissance pour partie et se complète ensuite au fur et à mesure. Ainsi, une personne est victime d'un accident qui l'a rendue infirme. Pour le dommage immédiat, la créance de réparation est actuelle ; mais, pour le dommage que son infirmité lui causera jour par jour, sa créance ne peut être qu'éventuelle. Or les tribunaux ont pris l'habitude, et personne n'a trouvé à y redire, de prononcer une condamnation pour le dommage futur, au moment où le procès s'engage quant au préjudice actuel, c'est-à-dire de prévoir dès le commencement le dommage entier. Bien plus, on a admis que ce droit éventuel à une indemnité est garanti pour le tout par une hypothèque prenant rang immédiatement. Inutile de dire que ce droit éventuel peut comme tous les autres faire l'objet d'une cession, d'une renonciation, être muni d'une sûreté, etc.

Cette assimilation du droit éventuel à un droit pur et simple, pour répondre réellement aux nécessités pratiques, ne doit pas aller jusqu'à interdire aux juges toute possibilité de revenir, en plus ou en

moins, sur leur première décision. Le malade peut, après la condamnation du coupable, subir une aggravation non prévue par les médecins, comme il peut soudainement revenir à meilleure santé. Aussi la loi du 9 avril 1898 a-t-elle prévu la révision, pendant trois ans, du taux d'indemnité allouée aux ouvriers blessés. Ce principe devrait être étendu : les tribunaux, qui prononcent une condamnation pour un dommage qui n'est pas encore complètement réalisé, feraient bien de se réserver le droit de revenir, à certains intervalles, sur le taux de la condamnation (1).

(1) Cf. Demogue, II, p. 297.

CHAPITRE II

Transmission des droits éventuels

268. Nous avons étudié jusqu'ici les différentes hypothèses où l'on rencontre des droits éventuels ; nous avons encore analysé les avantages réels dont bénéficie une personne qui se prévaut d'un droit éventuel. Une nouvelle question surgit dans la théorie générale que nous présentons : le droit éventuel peut-il être transmis, constitue-t-il une valeur patrimoniale ? Et, si l'on répond affirmativement, de quelle manière et suivant quelles règles s'opère cette transmission ?

269. Sans doute possible, le droit éventuel peut être transmis, cédé. En effet, si l'on peut, ainsi que l'article 1130 l'établit, faire un contrat qui porte sur une chose future, c'est-à-dire aliéner le droit sur une chose que l'on n'a pas encore, d'autant plus doit-il être permis d'aliéner le droit *éventuel* qu'on a relativement à une chose qui existe. En d'autres termes, si un texte exprès édicte l'aliénabilité des droits éventuels quant à l'objet, les seuls pour lesquels on pourrait douter, et encore ! par *a fortiori* tous les

autres droits éventuels peuvent comporter une transmission (1).

270. Transmissibles, de par leur nature, les droits éventuels peuvent donc faire l'objet d'une acquisition à cause de mort ou entre vifs.

271. Les droits éventuels étant transmissibles par décès, nous décidons que les héritiers profiteront d'une promesse de vente ou d'une créance sur chose future, dont une personne bénéficie. Ce ne sera donc qu'exceptionnellement, seulement lorsque l'intention des parties ou la loi s'y oppose, que les héritiers ne seront pas les continuateurs du défunt au point de vue des droits éventuels. Ainsi, il est évident que, lorsqu'il s'agit d'une promesse unilatérale d'usufruit ou de rente viagère, le droit éventuel ne peut prendre naissance, conformément à l'intention des parties, qu'entre ceux qui ont participé originairement à la convention (2). De même, les droits éventuels provenant des successions ne sont pas transmissibles : il faut que la succession s'ouvre pour que celui qui doit la recueillir transmette sa vocation à ses propres héritiers (3).

1. Sauf exception, comme par exemple celle qui résulte des articles 791 et 1130 du Code civil interdisant les pactes sur successions futures. Cf. ci-dessus, n° 208.

2. Cf. Demogue, II. p. 304.

3. V. Planiol, t. II, 3^e éd., n° 652, où *stricto sensu*, on ne dénomme droits éventuels que les droits accordés aux héritiers présomptifs d'une personne sous la double condition qu'ils lui survivront et recueilleront sa succession. Conséquemment,

La transmission par décès des droits éventuels peut donner lieu à une complication. Le bénéficiaire d'une promesse de vente meurt et laisse plusieurs héritiers ; ces derniers ont-ils chacun, à part, le droit de transformer, proportionnellement à leur vocation successorale, la promesse de vente en vente, ou le concours de tous les intéressés est-il nécessaire à cette fin ? La réponse est dictée par l'intention des parties qui ont fait naître la promesse de vente. Celui, qui s'est obligé à vendre si vous le voulez, devait légitimement s'attendre, ou bien à garder la chose, ou bien à s'en défaire entièrement. On ne peut équitablement lui imposer une vente pour partie ; aussi l'indivisibilité du droit du bénéficiaire de la promesse de vente s'impose aux héritiers.

272. Etant transmissibles entre vifs, les droits éventuels peuvent faire l'objet d'une cession. Conséquemment, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente ou louage, le tiers qui a contracté avec un incapable sous le bénéfice d'une habilitation postérieure, peuvent aliéner le droit obtenu. Ou encore, on peut céder le prix d'un office avant la nomination ou même la présentation du titulaire (1). Sur la pos-

on établit que ces droits éventuels ne sont pas transmissibles aux héritiers et qu'ils n'autorisent pas les mesures conservatoires.

1. Cf. ci-dessus, n° 56. — Demogue, II, p. 304. — Et sur la matière générale de la cession des droits futurs, Hue, *Cession de créances*, t. I, p. 247 et suiv.

sibilité de céder une créance future, nous nous sommes arrêtés longuement dans la première partie de ce travail (1) ou nous avons même identifié cette question avec celle de savoir s'il peut y avoir des droits éventuels quant à leur objet (2) ; aussi ne

1. N^{os} 48 à 54.

2. Pourquoi avons-nous dit que le problème de déterminer les droits personnels éventuels quant à leur objet était, pratiquement, un avec celui de la possibilité d'une cession de créance future ? La créance future est celle qui n'existe pas dans le patrimoine d'une personne, celle qui n'existe qu'à l'état de projet, de prévision. Par rapport au créancier originaire, du cédant, la créance future ne peut être un droit éventuel. Dans le droit éventuel, j'ai déjà l'élément capital d'un droit pur et simple, dans la créance future, je n'ai rien, ou tout au plus une expectative ; aussi le droit éventuel est-il une valeur patrimoniale, tandis que la créance future n'en est pas une. Donc : sur l'immeuble, que j'ai en vue de louer, je n'ai aucun droit, je n'ai, comme tout le monde, qu'une simple expectative. Que faut-il pour qu'un droit éventuel naisse au profit de quelqu'un sur cet immeuble que tout le monde peut louer ? Il faut qu'une personne prenne à l'égard d'une autre un engagement par rapport à cet immeuble, engagement qui ne sera évidemment opérant que lorsque l'obligé aura traité avec le propriétaire de cet immeuble en obtenant un droit de lui. Par conséquent, si, personnellement, je n'ai aucun droit sur l'immeuble de mon voisin, Primus en aura, au contraire, un, le jour où je contracterai avec lui par rapport à cet immeuble, le jour où je lui céderai les droits que je pourrais avoir une fois sur cet immeuble. Et, à la vérité, Primus, par le fait de mon obligation, est dans une situation meilleure que tous ceux qui ont des expectatives sur cet immeuble : si, quant à ce dernier, tout le monde n'a qu'un espoir, Primus a déjà mon engagement ; aussi un droit éventuel s'est-il substitué à son expectative antérieure. Si

nous occuperons-nous ici que des *conditions* de la cession d'une créance future, en raisonnant sur un cas très pratique tiré de la matière des assurances.

273. C'est une clause de style dans les polices d'assurances que celle par laquelle la Compagnie stipule que l'assuré lui cède tous les droits qu'il

donc Primus a un droit éventuel sur l'immeuble de mon voisin dès que je lui ai cédé les droits que je pourrais avoir un jour sur cet immeuble, la question de l'existence du droit éventuel de Primus est une avec la question de savoir si la cession que je lui ai faite est valable ; car, à la vérité, si la cession de « ma créance future » est valable, Primus a un droit éventuel, si elle est nulle, Primus continue de n'avoir qu'une expectative.

Nous avons démontré ci-dessus la validité de la cession d'une créance future ; il en résulte que, si l'on peut céder une simple expectative, d'autant plus un droit, fût-il éventuel, peut être cédé. Mais, ici, une remarque ; si la cession de droits futurs crée, au profit du cessionnaire, immédiatement, un droit éventuel, ne s'ensuit-il pas que le cessionnaire obtient plus de droits que le cédant n'en avait ? En effet, en validant la cession de droits futurs, de droits que le cédant *n'a pas*, comment le cessionnaire peut-il obtenir un droit éventuel ? Tout cela n'est que le résultat d'une illusion provenant de l'emploi de l'expression « cession de droits futurs ». Celui qui cède un droit futur ne cède *actuellement* rien, car il ne peut transmettre ce qu'il n'a pas : il cède les droits purs et simples qu'il peut avoir un jour sur la chose, et s'engage à les obtenir du propriétaire ! Le droit éventuel, qu'obtiendra le cessionnaire à la suite de ladite « cession », n'est donc pas le corrélatif des droits du cédant sur la chose : c'est simplement le correspondant de l'engagement du cédant de faire naître les droits purs et simples éventuellement cédés.

pourrait avoir dans l'avenir contre les tiers responsables du sinistre. Fréquemment, les polices disent, en termes exprès, que l'assuré subroge l'assureur dans ses droits contre les tiers, sans qu'il fût besoin d'une cession ou d'un transport (1) à cette fin.

Mais, là, il ne saurait être question de subrogation. Cette dernière suppose que l'on paie la dette d'autrui, et non pas une dette personnelle, comme le fait la Compagnie surtout lorsqu'elle acquitte une somme de beaucoup supérieure à celle qui est due par le tiers responsable. Comme la dénomination donnée par les parties à un acte juridique ne peut changer le caractère de ce dernier, nous dirons qu'il s'agit ici d'une cession de créance future qui engendre un droit éventuel au profit de la Compagnie. Si la Compagnie est la cessionnaire d'une créance future, la cession à elle consentie ne vaudra, à l'égard des tiers, qu'à partir du jour où elle leur aura été signifiée. Conséquemment, si l'assuré cédait une seconde fois cette créance future contre les tiers responsables, et si le nouveau cessionnaire signifiait la cession avant la Compagnie, ce serait lui qui l'emporterait. C'est donc une question vitale pour la Compagnie que celle de pouvoir signifier la cession à elle consentie. Mais à qui faire cette signification, du moment que le débiteur cédé n'est pas connu ?

1. Demogue, II, p. 305. — Laurent, t. XXIV, p. 16. — Cass., 31 janv. 1866. D. 66. 1. 69.

A toutes les personnes qui sont indiquées comme les futurs débiteurs du cédant! Ainsi, la Compagnie signifiera la cession de l'assuré aux locataires ou aux voisins. Il est vrai que ces significations anticipées ont un certain caractère étrange ; mais la seule question qui intéresse est celle de savoir si ces significations valent. Or, nous le croyons : quel est l'obstacle rationnel à ce qu'une ou quelques personnes soient prévenues que, si un jour elles deviennent les débiteurs de l'assuré, ce n'est pas à ce dernier, mais à la Compagnie qu'elles devront payer ? Aussi la Cour de cassation (1) a-t-elle admis le système des significations anticipées, dans l'hypothèse où le cessionnaire d'un prix de licitation avait, *avant cette licitation*, signifié son achat à diverses personnes susceptibles de devenir adjudicataires. Nous croyons devoir affirmer que, ce qui a été fait pour une cession de prix d'adjudication, peut l'être aussi bien pour une cession de créance en indemnité (2).

274. Nous venons de raisonner sur la condition de cession d'une créance future, et cela, uniquement, dans le but de transposer les solutions établies aux cessions de droits éventuels. Il y a là un argument *d'a fortiori* indiscutable : ce que le cessionnaire d'une créance future peut faire, sera d'autant plus permis au cessionnaire de ce dernier

1. Cas., 26 mai 1886, S. 86, I. 256.

2. Cf. Demogue, *loc. cit.*

qui a acquis le droit éventuel créé par la première cession de créance future. Et preuve que la signification anticipée doit être permise aux cessionnaires d'un droit éventuel, c'est que la pratique moderne pense à la supprimer dans certains cas. Or, peut-on contester la légalité d'un procédé, alors qu'il y a une tendance à le considérer comme inutile ? Et en effet, la jurisprudence a décidé plusieurs fois que les cessions accessoires de droits éventuels sont dispensées de la signification pour être opposables aux tiers (1).

1. C. ass., 12 nov. 1884. S. 86. 1. 149 ; Nancy, 14 nov, 1905. *Gaz. du Pal.*, 19 déc. 1905 et *Revue trimestrielle*, 1906, p. 168.

CHAPITRE III

Extinction des droits éventuels

275. On peut répartir les différents modes d'extinction des droits éventuels en trois catégories : 1^o le droit éventuel s'éteint parce que le créancier éventuel a reçu satisfaction sous une forme ou sous une autre. Cette première catégorie comprend : *le paiement, la dation en paiement, la novation, la compensation, la confusion, le terme extinctif, la réalisation de l'éventualité* ; 2^o par exception, le droit éventuel s'éteint sans que le créancier ait été désintéressé en aucune façon. Cette catégorie comprend : *la remise de dette, l'impossibilité d'exécution, la prescription* ; 3^o enfin, le droit éventuel s'éteint parce que le contrat d'où il dérive est détruit. Cette dernière catégorie comprend : *l'annulation du contrat, sa résolution, sa rescision* ; ajoutons encore *la loi*.

276. Examinons successivement ces différentes manières dont un droit éventuel peut prendre fin, en n'insistant, évidemment, que sur les questions propres aux droits éventuels.

Le Paiement

277. Le paiement étant l'exécution effective de l'obligation, il est certain que le créancier éventuel, qui ne peut faire que les actes conservatoires, ne pourra l'exiger. Mais la question qui nous intéresse ici est autre : le débiteur éventuel peut-il volontairement payer, dans l'acceptation juridique de ce mot, à son créancier ; ou, en d'autres termes, le droit éventuel peut-il servir de *cause* à un paiement ?

278. Tout paiement supposant une dette, et le débiteur éventuel n'étant réellement tenu d'une obligation qu'à partir du jour où l'éventualité s'est réalisée, sera sujet à répétition, en principe, le paiement fait par le débiteur à son créancier éventuel. Mais l'action en répétition exige, comme condition d'exercice, *l'erreur* ; donc, pour que le paiement fait à un créancier éventuel puisse être répété, il est nécessaire que le débiteur ait eu, au moment où il payait, la conviction qu'il *devait* payer, qu'il pouvait être *contraint* à le faire. Si donc le débiteur éventuel payait sa dette en connaissance de cause, c'est-à-dire en sachant qu'il n'était pas obligé de le faire, l'action en répétition ne saurait lui être accordée, vu qu'il n'y a plus erreur. Mais, si, une fois le paiement de la créance éventuelle effectuée sans erreur, il ne peut être question de répétition, il faut encore observer que cela suppose la possibilité de la

réalisation de l'éventualité. A la vérité, l'action en répétition devra être accordée au débiteur éventuel, qui paie en connaissance de cause, le jour où il est démontré que l'éventualité ne peut plus se réaliser.

La conclusion à laquelle nous arrivons est donc que : tant que la réalisation de l'éventualité n'apparaît pas comme impossible, l'exécution de l'obligation faite sciemment par le débiteur éventuel n'est pas sujette à répétition ; partant, cette exécution a le caractère juridique d'un paiement.

279. Il peut donc y avoir, sous les conditions établies, de véritables *paiements éventuels*, d'où il résulte que :

a) Le créancier éventuel détient les deniers à lui versés en tant que créancier, et non pas en tant que dépositaire ou gagiste.

b) Les sommes données au créancier éventuel ne peuvent être reprises, grâce à l'action oblique, par les autres créanciers, fussent-ils purs et simples, du débiteur éventuel, lorsque ce dernier fait de mauvaises affaires. A la vérité, le débiteur éventuel n'ayant pas l'action en répétition, ses créanciers qui, en agissant en vertu de l'article 1165, n'exercent pas un droit propre, ne peuvent pas avoir plus de droits que lui.

c) Les sommes données par le débiteur à son créancier éventuel, en fraude des droits des autres créanciers, ne peuvent être reprises par l'action paulienne. En effet, il est un principe constant, que les

paiements faits par un débiteur à la veille d'être exproprié et rien que dans l'intention de favoriser un ou certains créanciers, ne peuvent être attaqués par la voie paulienne. Le créancier qui a été payé n'a rien à rendre, car il n'a touché que ce qui lui a été dû : « sibi vigilavit, suum recepit » s'exprimait déjà un texte romain. Or, nous disons : ce principe vise l'acte juridique « paiement », indépendamment de la nature du droit qui sert de cause à ce dernier ; donc, si un droit conditionnel ou éventuel est susceptible d'un paiement, pas plus qu'un créancier pur et simple, le créancier éventuel *payé*, en fraude des droits des autres, ne saurait être passible d'une action paulienne. Les créanciers frustrés du débiteur éventuel devront donc, pour savoir au juste à quoi s'en tenir, attendre que l'éventualité se réalise ou non : dans le premier cas, l'effet du paiement éventuel est définitivement confirmé ; dans le second cas, les créanciers exerceront, du chef de leur débiteur, l'action en répétition contre l'ancien créancier éventuel payé en fraude de leurs droits.

d) Ne pouvant être exposé à une action oblique ou paulienne, le créancier éventuel payé est dans une situation favorable vis-à-vis de tous les autres créanciers ; il a tous les avantages d'un privilège. C'est là une situation fréquente dans notre droit civil, où le jeu des principes apporte, en dehors des privilèges et hypothèques, de nombreuses et importantes exceptions à la règle de l'égalité entre les

créanciers (1). Et remarquons que le créancier éventuel payé, qui détient, ainsi que nous l'avons dit, les deniers en tant que créancier et non pas comme gagiste, a cette situation exceptionnelle sans avoir besoin de recourir aux formes requises pour la constitution du gage.

280. Telles sont les principales conséquences de l'existence des paiements éventuels. Mais observons : si, en tant que fait matériel, le paiement d'une dette éventuelle est actuel, en tant que cause d'extinction, il ne produit ses effets qu'éventuellement. C'est là l'explication de l'expression employée : « paiement », vise le fait du versement de deniers, « éventuel » les conséquences juridiques qu'il produit. Donc, si l'éventualité ne peut plus se réaliser, le créancier éventuel devra rendre les sommes à lui remises (2).

Dation en paiement

281. Un droit éventuel est-il susceptible de s'éteindre par une dation en paiement ? Remarquons que la dation en paiement est, ainsi que son nom

1. Ainsi, aura encore l'équivalent d'un privilège : le créancier qui fait une saisie-arrêt, à la suite du jugement de main-vidange, à supposer que les autres créanciers n'y ont pas fait intervention ; le créancier qui exerce l'action paulienne, et qui se voit payé seul sur le bien restitué, ce dernier ne rentrant pas dans le patrimoine du débiteur, etc.

2. Les règles étudiées s'appliquent telles quelles aux paiements de dettes conditionnelles.

l'indique, un succédané du *paiement*, car le débiteur se *libère* en remettant au créancier, et du consentement de ce dernier, une chose autre que celle qui était due en vertu de l'obligation.

Il en résulte qu'il peut y avoir dation en paiement, quant à un droit éventuel, sous les mêmes conditions requises pour qu'il y ait paiement éventuel. Et rien de plus naturel : après avoir vendu sa récolte future à Secundus, Primus a des regrets et voudrait détruire le droit éventuel existant contre lui ; il tombe d'accord avec son acheteur et les deux conviennent que Secundus renonce à tout droit sur la récolte future moyennant une somme, que Primus s'oblige à verser. Ou encore : Primus s'est obligé à vendre dans l'hypothèse où Secundus, désirerait acheter ; pour ne pas être exposé longtemps à l'incertitude que lui crée le droit éventuel de Secundus, Primus offre une somme à Secundus, qui l'accepte à la place du bénéfice qui résultait pour lui de la promesse de vente. Dans ces deux exemples nous avons trouvé des droits éventuels qui ont pris fin à la suite de faits autres que ceux auxquels le débiteur s'était obligé, c'est-à-dire à la suite d'une dation en paiement.

282. Quelles sont les conséquences juridiques de ces dations en paiement qui mettent fin à des droits éventuels ? Il est certain qu'en tant que fait matériel ces dations en paiement sont *actuelles*, que le débiteur est légitimement investi de la chose donnée en

paiement à l'égard de tout le monde, lorsque l'éventualité s'est réalisée, ou tant que l'éventualité peut encore se réaliser.

Mais quel est le sort de ces dations en paiement une fois qu'il est prouvé que l'éventualité ne peut plus se réaliser ? Le débiteur peut-il répéter la chose donnée en paiement, à l'instar du débiteur qui *paie* en connaissance de cause une dette éventuelle qui ne s'est jamais réalisée ? La dation en paiement en matière de droits éventuels est-elle une dation définitive, ou une dation *éventuelle* en paiement ? La question ne peut être résolue qu'à l'aide de l'intention des parties. Ceux qui, par le paiement d'une somme, veulent éteindre un droit éventuel sur une récolte future, peuvent avoir ou bien l'intention de *nover* la dette éventuelle en une dette pure et simple, ferme, sans rattache à la dette novée, ou bien ils peuvent avoir l'intention de changer l'objet de l'ancienne obligation éventuelle sans que, pourtant, la dette perde son caractère éventuel. Dans le premier cas, il n'y a pas dation éventuelle en paiement, il y a novation d'une dette éventuelle en une dette pure simple ; donc, l'ancien créancier éventuel sera exempt de toute répétition, même si la récolte ne vient pas à naître. Dans le second cas, nous disons qu'il y a dation éventuelle en paiement ; donc, si, par extraordinaire, la récolte future ne voit pas le jour, l'ancien débiteur éventuel pourra répéter les sommes versées à l'ancien créancier éventuel.

283. Il est vrai qu'on pourrait objecter que, même dans notre seconde hypothèse, il n'y a pas dation éventuelle en paiement, mais toujours novation, car, il est de règle que si l'on nove une obligation conditionnelle, ou éventuelle, la novation est elle-même conditionnelle ou éventuelle, à moins que l'intention des parties n'ait été contraire. Donc, ce que nous appelons dation éventuelle en paiement ne serait autre chose qu'une novation *éventuelle* par changement d'objet, à la différence d'une novation pure et simple où la dette éventuelle est remplacée par une dette définitive, comme dans notre première hypothèse. Conclusion: il ne peut y avoir une dation éventuelle en paiement.

284. Ce raisonnement est exact; mais sa conclusion l'est moins. Si ce que nous appelons dation éventuelle en paiement peut s'analyser aussi comme une novation éventuelle par changement d'objet, c'est que, de par sa nature juridique, la dation en paiement est une novation. A la vérité, si traditionnellement (1) on présentait la dation en paiement comme une variété de paiement, les auteurs modernes (2) analysent la dation en paiement en une véritable novation par changement d'objet: le créancier a consenti à remplacer son ancienne créance par une

1. Pothier, *Obligations*, n° 530.

2. Aubry et Rau, t. III, § 292, note 4; t. IV, § 318, note 1 et § 324, note 48. — Planiol, II, 3^e éd., n° 523 et suiv.

nouvelle ayant un objet différent; cette nouvelle créance ne dure qu'un instant, le temps qui s'écoule entre la convention de dation en paiement et sa réalisation; et, une fois la dation en paiement réalisée, elle s'éteint, car elle a été exécutée. Or nous disons: si le Code présente un mode d'extinction appelé dation en paiement, et si, en fait, on constate qu'une dette s'est éteinte dans les conditions requises pour la dation en paiement, on ne peut contester que c'est par dation en paiement que la dette s'est éteinte, pour le motif que ce mode d'extinction est, de par sa nature juridique, identique avec la novation par changement d'objet (1).

D'autant plus devra-t-on respecter la terminologie légale si l'on tient compte que tous les auteurs ne

1. La tendance moderne du droit indique encore cette solution. A la vérité, si la dation en paiement est identique avec la novation par changement d'objet, c'est la première qui l'emporte sur la seconde, c'est la dation en paiement qui est appelée à absorber la novation par changement d'objet. Le rôle de la novation, si important en droit romain, paraît près de finir dans notre société; le Code allemand est, à notre point de vue, le terme final d'une longue évolution. Il ne traite pas de la novation comme institution distincte; la novation y apparaît démembrée: le Code allemand ignore la novation par changement de créancier en ne parlant que de la *cession de créance* (art. 398 à 411); il a transformé la novation par changement du débiteur dans la bien connue *Schuldübernahme*, succession à la dette (art. 414-419); enfin il fait rentrer la novation par changement d'objet dans la *dation en paiement* (art. 364, al. 2).

sont pas du même avis quant à l'assimilation de la dation en paiement avec la novation par changement d'objets, et qu'il ne s'agit pas là d'une question de mot. A supposer que le créancier, qui a reçu un objet en paiement, est évincé, on lui reconnaîtra tous les droits qu'il avait antérieurement contre son débiteur si l'on analyse la dation en paiement comme une variété de paiement : en effet, le créancier n'a pas été payé, sa créance subsiste ; on lui accordera un simple recours en garantie si l'on soutient qu'à la suite de la dation en paiement la créance a été *novée* par une autre.

285. Conclusion : le débiteur éventuel peut faire une dation en paiement, qui, à défaut d'une intention contraire, sera sans cause le jour où l'éventualité ne peut plus se réaliser ; il pourra donc faire une dation *éventuelle* en paiement.

286. Dernière observation : du moment qu'il peut y avoir dation en paiement de la part d'un débiteur éventuel, du moment que cette dation en paiement est sujette à répétition, à moins d'intention contraire, le jour où l'éventualité ne peut plus se réaliser, la dation en paiement, faite pour éteindre le droit éventuel qui naît d'une promesse unilatérale de vente ou d'achat, ne peut être que définitive, car telle est l'intention des parties et la force des choses.

La Novation

287. De ce qui précède, il résulte déjà qu'une

dette éventuelle, comme une obligation conditionnelle ou naturelle, peut être novée, et que la novation peut consister à remplacer la dette éventuelle par une autre dette éventuelle ou par une obligation pure et simple. Dans ce dernier cas, la novation peut être éventuelle ou définitive, suivant l'intention des parties ; si elle est éventuelle, le droit pur et simple, qui remplace le droit éventuel éteint, ne produira ses effets qu'à la condition que l'éventualité se réalise ; si la novation est définitive, elle produira ses effets indépendamment de la question de savoir si l'éventualité s'est réalisée. Ces solutions sont d'ailleurs données pour la novation des obligations conditionnelles (1).

288. La novation, telle que nous venons de la présenter, explique admirablement bien la théorie du compte courant. Il y a, en effet, dans cette matière, un ensemble de règles, de conséquences, dont le

1. Planiol, t. II, 3^e éd., n^o 536. — Voir cependant dans Aubry et Rau, 5^e éd., t. IV, p. 350, comment la novation d'une dette conditionnelle (éventuelle, pour nous) par une obligation pure et simple est considérée plutôt comme une convention aléatoire d'une espèce particulière que comme une novation. — Cf. Demogue, *op. cit.*, II, p. 315 et Demolombe, t. XXVIII, p. 281, n^o 260. La Cour de cassation a d'ailleurs formellement reconnu la possibilité de nover une obligation éventuelle par une obligation pure et simple à propos d'une cession d'actions antérieurement à l'émission. (Arrêt du 22 déc. 1885. S. 87. 1. 163.)

fondement rationnel ne saurait être compris sans l'aide de la notion des droits éventuels.

289. Le compte courant, convention *sui generis*, ayant sa cause en elle-même, ne puisant point ses effets dans les conventions multiples qui y sont inscrites, produit généralement quatre effets principaux : *novation* des opérations qui y sont inscrites ; *indivisibilité* de droit, par suite de l'absorption dans le compte de tous les articles qui concourent au solde ; *caractère conditionnel du crédit* ouvert en compte courant à une remise en valeurs ; *allocation d'intérêts* à chaque article de crédit porté dans le compte courant.

Nous ne retiendrons ici que les deux premiers effets : la novation et l'indivisibilité. A la vérité, ce sont les règles spéciales concernant ces deux effets qui donnent une physionomie propre, un caractère *sui generis*, au compte courant ; ce sont encore elles qui ne trouvent une explication rationnelle que dans la théorie des droits éventuels.

290. Le compte courant, dit-on, opère novation pour toutes les opérations sur lesquelles il s'étend : lorsqu'une créance est passée en compte, elle s'éteint et cesse d'obéir à ses règles anciennes, elle s'absorbe dans une masse où d'autres créances se sont déjà absorbées. Cette conversion d'un droit ancien en un droit nouveau n'aurait rien d'insolite, écrit M. Thaller (1), si la créance du compte se formait

1. *Traité élém. de Droit commercial*, 3^e éd., n° 1664 ; Cf.

immédiatement au profit du titulaire de la créance primitive ; mais ce résultat est retardé jusqu'à la clôture et à la détermination du solde. « Entre temps il y a une masse d'affaires en travail, et une absence de créance actuelle... On est donc en présence d'une *novation très particulière*, qui n'engendre pas une seconde créance instantanément au moment où elle détruit l'ancienne. *Elle relâche provisoirement les parties du lien obligatoire*. Tel, qui est créancier aujourd'hui, peut se trouver débiteur en fin de compte. Momentanément, il n'y a point de dette. *Là est la grande hardiesse de la conception ! »*

291. Or nous nous demandons : cette conception hardie d'une novation, qui produit immédiatement son effet extinctif, tout en laissant en suspens son effet créateur, en quoi s'analyse-t-elle, comment s'explique-t-elle au point de vue technique ? Il est, en effet, impossible en pure technique de maintenir l'expression novation pour un mode d'extinction qui n'en est pas un ; car, si la novation est l'extinction d'une obligation par la création d'une autre, il n'y a pas novation si l'on éteint une obligation sans en créer une autre. La théorie des droits éventuels nous semble seule en mesure d'aider à la résolution du problème ; grâce à elle, le caractère propre ou plutôt la contradiction, que révèle la novation dans le compte courant et que les auteurs signalent, disparaît.

Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 823 ; Cf. Demogue, II, *loc. cit.*

292. Deux personnes s'engagent à se verser réciproquement des fonds, sans avoir le droit, en fin de compte, que de réclamer le solde de leurs débits et crédits respectifs.

Normalement, dès le moment de la confection de ce contrat, chaque partie devrait avoir un droit éventuel en restitution des deniers qu'elle versera. Nous disons « un droit éventuel » pour cette bonne raison que, pour le moment, c'est-à-dire au moment de l'ouverture de crédit, avant les versements effectués, la créance de restitution manque d'un de ses éléments essentiels : *l'objet* ! Or, au lieu de laisser leur convention produire ces effets normaux, les parties conviennent de *nover* dès à présent ces diverses créances éventuelles qu'elle produit : le récepteur promet, non pas la restitution de ce qu'il a reçu ou recevra, le paiement de chaque créance éventuelle existant contre lui, mais *une somme* égale au montant de toutes les sommes versées ou à verser. Cette nouvelle promesse est encore éventuelle : à la vérité, elle dépend de la volonté du remettant qui peut verser en compte courant beaucoup, peu, ou rien du tout. Cette promesse nouvelle ne deviendra pure et simple qu'au jour de la clôture du compte courant : jusqu'à ce moment, en effet, le remettant peut faire encore des remises destinées à être novées. Arrive le jour de clôture : les deux parties sont réciproquement créancières l'une de l'autre et leurs créances se sont transformées d'éventuelles en pures et sim-

ples. La compensation pourra donc opérer jusqu'à concurrence de la dette la plus faible : il ne restera à payer qu'un solde d'une part ou d'une autre.

Le compte courant repose donc, au point de vue de sa structure technique, sur la novation d'une obligation éventuelle en une autre obligation éventuelle.

293. Cette explication du compte courant permet de comprendre, dans leur raison intime, les principaux effets qu'il produit.

a) D'abord, le motif pour lequel les garanties réelles ou personnelles, qui accompagnent la créance portée en compte, s'évanouissent. La créance portée en compte est *novée* ; dès lors elle s'éteint, conformément à l'article 1278 du Code civil, avec toutes les garanties qu'elle comportait. Mais, peut-on dire : en quoi la théorie des droits éventuels explique-t-elle cet effet du compte courant ; tous les auteurs signalaient déjà cette conséquence, en parlant du caractère novatoire du compte courant. Nous répondons : il est vrai que l'extinction des garanties réelles ou personnelles d'une créance portée en compte s'explique par l'idée de novation ; mais cette idée de novation ne se comprend pas dans le compte courant sans y faire intervenir la notion d'éventualité. Ce n'est que grâce à elle qu'on peut conserver le caractère novatoire, avec toutes ses conséquences, du compte courant ; sans l'idée de novation *éventuelle*, on ne saurait comprendre comment une créance s'éteint avec tous

ses accessoires *par novation*, sans qu'une autre créance la remplace immédiatement.

b) C'est encore l'idée de *novation éventuelle* qui explique comment les différentes prescriptions, qui courraient contre les créances avant leur entrée en compte, sont remplacées par une prescription trentenaire qui commencera au jour de l'arrêt du compte.

c) C'est de la même manière qu'on s'explique pourquoi la *compétence*, quant à une créance entrée en compte, peut se trouver modifiée : ainsi, ce sont les tribunaux civils qui auront à statuer sur l'action de change, commerciale de par sa nature, si un effet de commerce est entré dans un compte courant intervenu entre deux personnes étrangères aux affaires.

294. Passons maintenant au principe de l'indivisibilité du compte courant, qui, lui aussi, peut être éclairé par les développements précédents. Ce principe explique, dit-on, pourquoi on ne peut faire sortir une créance entrée en compte, soit pour exiger son paiement immédiat, soit pour permettre aux créanciers de l'une des parties de faire une saisie-arrêt, soit pour en faire la provision d'une lettre de change. A la vérité, fait-on observer, le compte courant a une prestation unique : *le solde* ; jusqu'à ce que ce solde se dégage, il n'est rien dû de part ni d'autre. Nous croyons que les conséquences de l'indivisibilité du compte courant peuvent encore être expliquées par l'idée de *novation éventuelle* : les

créances entrées en compte étant éteintes, on comprend pourquoi on ne peut exiger leur paiement, pourquoi on ne peut faire, quant à elles, une saisie-arrêt, pourquoi elles ne peuvent servir de provision à une lettre de change (1). De la sorte, contrairement à ce que fait la majorité des auteurs qui expliquent le caractère spécial de la novation du compte courant par l'indivisibilité, nous expliquons l'indivisibilité par l'idée de novation.

295. La théorie des droits éventuels nous explique encore pourquoi un compte courant non arrêté (2) ne peut pas servir de provision à une lettre de change. Le raisonnement, que nous avons fait ci-dessus (3), montre que, pendant la durée du compte courant, les parties n'ont qu'un droit *éventuel* au solde. Or cette créance ne répond pas à la définition que l'article 116 du Code de commerce donne de la provision. Il ne s'agit pas ici, en effet, d'une créance appartenant actuellement au tireur contre le tiré ou devant lui appartenir à l'échéance. C'est une créance qui peut exister au profit du tireur, comme elle peut ne pas exister pour lui. Etant tellement fragile, on ne

1. Voir cependant sur l'usage des *traites avec affectation spéciale de provision*, Thaller, n° 1458.

2. Il ne s'agit plus ici d'une créance entrée en compte qui doit servir de provision à une lettre de change, mais du compte courant entier, c'est-à-dire du solde de l'une des parties.

3. N° 292.

peut greffer sur cette créance une lettre de change (1).

La compensation

296. La compensation se comprend dans notre matière de deux façons différentes : on peut se demander si une dette éventuelle se compense avec une dette pure et simple ; on peut se demander encore si deux dettes éventuelles se compensent entre elles. Ensuite, il y a encore à examiner si les deux sortes de compensations, légale ou facultative, ou si l'une d'elles seulement, trouvent leur application dans la théorie des droits éventuels.

297. Qu'il s'agisse d'une dette pure et simple et d'une dette éventuelle, ou même de deux dettes éventuelles, il est certain que la compensation légale ne peut fonctionner : cette dernière suppose *l'exigibilité* des droits à éteindre, et les droits éventuels sont, par définition, des droits incomplets, non exigibles.

298. Reste la compensation facultative. Celle-ci fonctionnera indiscutablement entre deux dettes éventuelles : les parties qui, en vertu de l'autonomie

1. Si le solde constitue une créance éventuelle, tant que le compte courant n'est pas clos, les créanciers de l'une des parties pourront le saisir-arrêter. La saisie-arrêt sera validée le jour où, le compte étant clos, le saisi est réellement créancier du solde. Cf. ci-dessus n° 244 à 246. — Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 828.

de la volonté, ont créé deux droits éventuels réciproques, doivent aussi pouvoir les éteindre réciproquement par un acte de volonté. Rien à dire sur les effets d'un tel mode d'extinction : les deux parties sont définitivement dégagées l'une de l'autre.

299. Mais, que se passera-t-il si les parties veulent compenser une dette exigible avec une dette éventuelle; quelles seront les conséquences d'un tel accord ? J'ai une créance actuelle contre mon débiteur et je suis en même temps tenu vis-à-vis de lui d'une obligation éventuelle. Si nous convenons ensemble que nos deux dettes se compensent, il est certain qu'elles ne prendront pas fin immédiatement : on doit attendre, avant tout, le sort de l'éventualité. Il n'y aura donc, à la suite de notre convention, qu'un terme incertain qui arrête l'exigibilité de ma créance. Si, dans la suite, l'éventualité se réalise, les deux dettes s'éteindront par compensation. Si, au contraire, l'éventualité ne se réalise pas, je recouvre le droit de poursuivre mon débiteur en vertu de ma créance antérieure et mon recours sera garanti par toutes les sûretés qui accompagnaient primitivement ma créance. Ce n'est, en effet, qu'ainsi qu'on doit interpréter l'intention des parties : ces dernières ne doivent, à défaut d'une stipulation expresse, être considérées avoir voulu éteindre une créance pure et simple par une créance éventuelle, dans l'hypothèse où l'éventualité ne se réalise pas. Et remarquons en plus que, dans le cas où mon débi-

teur antérieur tomberait en faillite avant la réalisation de l'éventualité et pendant que cette réalisation apparaît encore comme possible, je pourrai déjà me prévaloir des sûretés réelles qui garantissent ma créance. A la vérité, cette dernière n'est définitivement éteinte que si l'éventualité qui affecte ma dette se réalise ; donc, dès que la convention de compensation est intervenue, j'ai un droit éventuel contre mon débiteur, droit qui s'est substitué à ma créance pure et simple antérieure, et qui est soumis à une éventualité inverse de celle sous laquelle je continue de devoir. Or, en tant que créancier éventuel, j'ai ainsi que nous venons de le démontrer (1), le droit de produire dans une procédure d'ordre.

La confusion, le terme extinctif, l'impossibilité d'exécuter, la réalisation de l'éventualité

300. La confusion, le terme extinctif et l'impossibilité d'exécuter sont des modes d'extinction des droits éventuels qu'il suffit de nommer, car leur extension aux droits éventuels ne soulève pas d'autres difficultés que celles créées par leur application ordinaire. Quant à la réalisation de l'éventualité, à la transformation d'un droit éventuel en droit pur et simple, remarquons qu'il s'agit là d'un problème qui dépasse le domaine de l'extinction des droits

1. Ci-dessus, n° 241.

éventuels : il y a un si grand nombre de questions importantes qu'il soulève que nous en ferons un chapitre distinct (1) dans la théorie que nous élaborons.

La Remise de Dette

301. Un droit éventuel peut s'éteindre par une renonciation. Le Code civil nous fournit même des exemples typiques de renonciations à des droits éventuels : ainsi, les articles 884 alinéa 2, 1627 et 1643 permettent de renoncer à l'obligation de garantie en matière de partage et de vente. Or le droit à la garantie, tant que l'éviction ne s'est pas produite, est un droit éventuel (2).

302. Est-ce que la faculté de renoncer à un droit éventuel constitue, pour ce dernier, une différence entre lui et la simple expectative ? Est-ce que l'expectative ne pourrait, elle aussi, faire valablement l'objet d'une renonciation ? Aubry et Rau l'ont soutenu (3) ; mais cette solution est vraiment contestable (4).

303. Pour soutenir la thèse négative, on a fait

1. *Infra*, p. 296 et suiv.

2. Si l'acheteur a, aussitôt la vente parfaite, un droit éventuel à la garantie, il n'aura, ainsi que nous l'avons exposé précédemment (n° 218), un droit éventuel en restitution du prix que le jour où il sera troublé dans sa jouissance.

3. T. IV, p. 332.

4. Cf. Demogue, II, p. 307 et les renvois qu'on y fait.

remarquer que le Code contient des prohibitions expresses de renoncer à une simple expectative et que des principes analogues sont établis par la doctrine. Ainsi, la loi dispose qu'on ne peut renoncer d'avance à la prescription, à une succession non ouverte, à une communauté non dissoute (1). De même, dans l'opinion dominante du moins, on considère ne pouvoir renoncer d'avance au bénéfice du terme de grâce (2).

304. Cependant cette thèse n'est pas exacte, surtout si on la conçoit d'une façon absolue. Si l'on ne peut renoncer, pour des considérations d'humanité, au bénéfice du terme de grâce, on peut renoncer d'avance à la compensation (3), à une incompétence relative, au droit d'appel. Ensuite, la renonciation n'est qu'une contre-obligation : or, l'article 1130, en permettant de contracter de la façon la plus large quant à un droit futur, doit englober aussi, dans les conventions qu'il permet, la renonciation à un droit futur.

305. La conclusion qui s'impose est donc qu'on peut, en principe, renoncer à une simple expectative

1. V. article 2220, 791 et 1453 du Code civil.

2. Le motif se conçoit aisément : le terme de grâce a été établi pour éviter, dans l'exécution d'une obligation, des mesures inhumaines. — V. Planiol, t. II, p. 124. — Laurent, t. XVII, n° 571. — Demolombe, t. XXV, p. 564 et suiv. — Colmar, 29 juillet 1850. S. 51. 2. 227.

3. Aubry et Rau, t. IV, p. 394. — Colmet de Santerre, t. V, n° 24 bis-3°.

comme à un droit éventuel. Mais cette conclusion doit être complétée par trois remarques :

1° Comme l'autonomie de la volonté trouve sa limite dans l'ordre public, on ne pourra renoncer à des droits futurs d'ordre public ;

2° La renonciation à des droits futurs, étant permise surtout grâce à la disposition libérale de l'article 1130, doit, comme toute convention sur chose future, avoir dès à présent un objet nettement déterminé (1). Aussi, ne pourra-t-on valablement renoncer à tel droit futur dans toutes les affaires qu'on traitera dans l'avenir avec une personne ;

3° La renonciation à un droit futur est d'une application pratique moindre que la renonciation à un droit éventuel. A la vérité, il est difficile de supposer qu'une personne renonce vis-à-vis d'une autre personne, à laquelle elle n'est liée par aucun rapport juridique, à tel ou tel droit. Généralement, ce ne sera qu'à propos d'un contrat déterminé qu'une renonciation à des droits futurs interviendra ; et, alors, ce sera le plus souvent à un droit éventuel qu'on aura renoncé.

La prescription

306. Selon l'article 2257, les droits conditionnels sont imprescriptibles : tant que la condition ne s'est pas réalisée ou tant que le délai, pendant lequel elle

1. V. Ci-dessus nos 93 et suiv.

pouvait se réaliser, ne s'est pas écoulé, la prescription ne court pas contre le droit conditionnel. Donc, peu importe qu'un délai de quarante ou cinquante ans ait été nécessaire pour que le droit conditionnel se transforme en droit pur et simple, ce dernier prendra naissance avec toute la force qu'il est susceptible d'avoir.

307. Cette solution doit-elle être étendue aux droits éventuels ? Un droit pur et simple pourra-t-il utilement prendre naissance alors que l'éventualité ne s'est réalisée qu'après trente ans ? Selon nous, il faut distinguer pour répondre : la prescription courra contre le droit éventuel lorsque l'éventualité dépend dans sa réalisation d'un fait volontaire de l'homme ; sera, au contraire, imprescriptible, tout droit éventuel qui ne peut se transformer en droit pur et simple que par des événements indépendants de la volonté de l'homme.

Sur quoi fondons-nous cette distinction ?

308. Quand le droit éventuel peut se transformer en droit pur et simple par une manifestation de volonté, il apparaît pour le créancier comme une faculté. Vous me promettez de me vendre votre maison si je veux l'acheter ; le droit éventuel que j'acquiers représente pour moi *la faculté d'acheter* votre maison. Or, si un pareil droit éventuel était imprescriptible, cela reviendrait à dire que l'on peut créer par convention des facultés imprescriptibles.

309. Demandons-nous, alors, si l'on peut, par

convention, créer des facultés imprescriptibles. Remarquons d'abord que nous sommes ici dans un domaine étranger à l'article 2232, établissant l'imprescriptibilité pour les facultés qui, légalement, renaissent jour par jour, comme par exemple la faculté de se clore. Cela dit, quelle serait la raison de distinguer entre un droit et une faculté, pour déclarer cette dernière imprescriptible, alors que le premier ne l'est pas ? Le droit ordinaire est de sa nature bilatéral, tandis que la faculté apparaît comme un acte unilatéral. Ainsi, si j'ai le droit de vous demander 1.000 francs, vous avez aussi le droit de m'imposer d'accepter ces 1.000 francs contre ma volonté. Au contraire, si j'ai la faculté d'acheter votre chose, vous ne pouvez m'en imposer l'achat. Là réside toute la différence entre une simple faculté ou un droit éventuel (1) et un droit ordinaire. Est-elle assez importante pour motiver une différence de régime au point de vue de la prescription ? Nous ne le pensons pas. Aussi, les auteurs et la jurisprudence, d'accord, ont établi que l'on ne peut

1. Nous disons « une simple faculté ou un droit éventuel », parce que, si tout droit éventuel, dépendant de la volonté des parties, quant à sa transformation en droit pur et simple, est une faculté, il peut y avoir des facultés qui ne sont pas des droits éventuels. Ainsi, un fermier se fait concéder, par son voisin, la faculté de planter une haie à moins de 50 centimètres de la limite (Demogue, II, p. 312). Il s'agit ici d'une simple faculté.

créer par convention des facultés imprescriptibles (1).

310. Nous comprenons maintenant pourquoi le droit éventuel, qu'il dépend d'une des parties de transformer en droit actuel, est prescriptible : il s'analyse, comme nous l'avons dit, en une faculté pour le créancier. A cela on pourrait encore ajouter que le créancier, qui n'use pas de son droit pendant trente ans, est coupable d'une certaine négligence : or l'un des fondements de la prescription extinctive est justement le désir d'empêcher la négligence des créanciers dans l'exercice de leurs droits. Enfin, remarquons que la loi elle-même établit la prescriptibilité de ces droits éventuels, lorsqu'elle déclare, dans l'article 789 (2), prescrit, après trente ans, le droit éventuel que l'héritier a d'accepter ou de renoncer une succession.

311. Si le droit éventuel, qui dépend de la volonté des parties quant à sa transformation en droit pur et simple, est prescriptible, il s'éteint au bout de trente ans ; mais si l'éventualité se réalise avant trente ans, une nouvelle prescription commencera contre le droit pur et simple nouvellement né. De la sorte, on verra courir deux prescriptions diffé-

1. Laurent, t. XXXII, p. 242 ; Aubry et Rau, t. VIII, p. 428 ; Guillouard, *Prescription*, t. II, p. 63 ; Baudry et Tissier, *Prescription*, p. 104.

2. Du moins dans l'opinion dominante.

rentes : l'une contre le droit éventuel, l'autre contre le droit pur et simple.

312. Comme applications de ces idées en jurisprudence, citons : est prescriptible le droit de racheter un bail à cens, droit qui avait été inséré dans le bail (1) ; de même, a été déclaré prescriptible une servitude éventuelle concédée au propriétaire d'un terrain non bâti — consistant à établir des vues plus près que la distance légale pour le cas où un bâtiment aurait été construit — parce qu'aucune construction n'avait été faite pendant trente ans (2).

313. Il y a cependant un cas où la faculté conventionnelle est imprescriptible : c'est lorsqu'un droit éventuel constitue l'accessoire d'un contrat et que la prescription n'atteint pas le contrat. Cette formule générale, que nous venons de poser, nous la tirons d'une solution jurisprudentielle : on a jugé, en effet, que le droit qu'un locataire s'était fait concéder d'acheter la maison louée ne se prescrivait pas par trente ans. Comment peut-on justifier cette exception ? D'abord, en disant qu'elle est conforme à l'intention des parties : on a voulu, tant que le bail durerait, accorder au locataire la faculté de transformer le contrat de louage en vente. Mais, fait-on remarquer, les parties ne sauraient prolonger, par convention, les délais de la prescription. Aussi la rai-

1. Cass., 24 avr. 1860. D. 61. I. 179.

2. Cass., 24 déc. 1863, D. 64. I. 126.

son donnée par les auteurs (1) est celle-ci : la faculté accordée au locataire, n'étant qu'une modalité de l'obligation, ne peut s'éteindre tant que l'obligation du débiteur existe. Et, spécialement, M. Demogue (2) fait observer que « lorsqu'un droit éventuel a été donné par contrat en même temps qu'un droit pur et simple, il est impossible au débiteur d'invoquer la prescription pour un seul de ses droits, car alors les obligations de l'autre partie manqueraient partiellement de cause ».

Disons encore que l'imprescriptibilité des droits éventuels accessoires d'un contrat, qui n'est pas atteint par la prescription, ne doit pas s'entendre seulement des droits accessoires par rapport à l'essence du contrat : il suffit que les parties aient voulu créer simultanément un droit pur et simple et un droit éventuel. Ainsi, il est bien clair que la promesse de vente sur laquelle nous venons de raisonner n'est pas de l'essence du contrat de louage (3).

314. A la différence des développements précédents, un droit éventuel qui ne dépend pas, quant à sa transformation en droit pur et simple, de la

1. V. les auteurs précités.

2. *Op. cit.*, II, p. 314.

3. Ce que nous venons de dire, nous fera considérer comme *exceptionnel* l'article 2277, selon lequel les loyers et intérêts des sommes prêtées se prescrivent par cinq ans, quoiqu'on puisse invoquer pour le justifier certaines nécessités pratiques tenant à la nature des prestations successives.

volonté de l'homme, est, avons-nous dit, imprescriptible. Ainsi : on me vend une chose future ; qu'importe si la chose future ne voit le jour qu'après trente ans, mon droit éventuel se transformera même alors utilement pour moi en droit pur et simple ! Ou bien : le tiers indéterminé au profit duquel une stipulation a été faite peut naître même trente ans après la stipulation et cette dernière vaudra quand même.

315. Comment justifions-nous cette règle ? D'abord, en faisant remarquer qu'il ne peut être question ici de négligence de la part du créancier ; ensuite, en observant qu'un droit éventuel, qui ne dépend pas de la volonté de l'homme, n'est pas une faculté pour le créancier, que, partant, on ne peut lui opposer l'impossibilité de créer par convention des facultés imprescriptibles. Enfin, disons que la loi elle-même a posé quelque part le principe de l'imprescriptibilité des droits éventuels dont la transformation en droit pur et simple ne dépend pas de la volonté de l'homme. En effet, l'article 2257 établit que la prescription ne court pas contre une action en garantie tant que l'éviction n'a pas eu lieu. Nous sommes ici en présence d'un droit éventuel à garantie, droit qui ne deviendra pur et simple que le jour où un fait indépendant de la volonté des parties, l'éviction, se produira. La solution de l'article 2257 est tellement conforme à la raison qu'on doit considérer ce texte comme l'application d'un principe général, visant tous les droits éventuels indépendants

de la volonté quant à la réalisation de l'éventualité.

L'annulation, la résolution, la rescision

316. Rien de particulier à dire sur l'annulation des droits éventuels ; quant à la résolution, nous en avons parlé à propos de la sanction des droits du créancier éventuel (1). Reste à parler de la rescision, notamment de la question de savoir à partir de quel moment cette action va-t-elle commencer à se prescrire. Raisonnons sur l'hypothèse d'une promesse de vente dont on a fait usage. A partir de quel moment courra le délai de deux ans ? L'article 1676 dit que c'est du jour de la vente. Il en résulte deux choses : d'abord, que le délai ne court pas avant la réalisation de l'éventualité ; ensuite, que l'on ne peut agir avant, car la lésion se calcule au moment de la vente et, avant, il n'y avait pas vente. La plus-value profitera en conséquence au signataire de la promesse de vente (2). La même solution s'appliquera aussi en matière de partage : si un héritier consent à un projet de partage sous la condition que les autres y adhèrent aussi, il ne pourra intenter son action en rescision pour lésion que le jour où le contrat éventuel se transformera en contrat actuel ; c'est à partir de ce moment que la prescription courra.

1. Ci-dessus, n° 259.

2. V. Paris, 26 août 1847. S. 48.2.161 ; Demogue, II, p. 310 et auteurs cités.

La loi

317. Comment une loi pourrait-elle éteindre un droit éventuel ? Evidemment, en s'attaquant à la convention d'où le droit éventuel dérive : en effet, il se peut qu'avec le temps cette convention, licite au début, soit considérée contraire aux nouvelles mœurs et opinions, et qu'une loi prohibitive intervienne.

Or, cette loi qui interdit dans l'avenir telle convention d'où dérive un droit éventuel, portera-t-elle atteinte aux droits éventuels similaires créés sous l'empire de la loi ancienne ? Remarquons, d'abord, qu'il est constant qu'un droit conditionnel subsisterait même si une loi, postérieure à sa naissance, interdisait dans l'avenir la convention qui l'a engendré. Or, nous croyons ce principe applicable aux droits éventuels, au moins sous une distinction. Le droit éventuel *né d'un contrat*, est assez fort pour résister à une loi nouvelle : l'autonomie de la volonté combinée avec le principe de la non rétroactivité des lois (1) dicte cette solution. Au contraire, le droit éventuel légal, qui existe indépendamment de la volonté des parties, disparaîtra à la suite d'une loi

1. En effet, on dit généralement qu'une loi nouvelle peut porter atteinte à de simples expectatives, mais qu'elle doit respecter les droits acquis. Or, nous avons suffisamment démontré ci-dessus (n° 7 et suiv.) que le droit éventuel se sépare complètement de l'expectative.

qui veut défaire ce qu'une autre loi a créé. Ainsi, il est évident qu'une loi qui abolirait la réserve, détruirait la qualité de réservataire dans la personne de tous ceux qui l'avaient actuellement. Et, comme un droit, fût-il licitement créé sous l'empire d'une loi ancienne, ne peut produire des effets contraires à l'ordre public actuel, nous arrivons à cette conclusion : *la loi peut mettre fin aux droits éventuels légaux et à ceux des droits éventuels conventionnels qui produiraient des effets contraires à l'ordre public nouvellement créé (1).*

1. On pourrait encore se demander quel serait l'effet de la loi, quant à une renonciation à un droit futur qui engendrerait un droit éventuel. La réponse dépend du caractère de la loi : si cette dernière interprète simplement la portée de la renonciation, le droit éventuel ne sera pas éteint ; mais si la loi supprime la renonciation, cette dernière sera effacée, comme n'ayant pas existé même dans le passé. Cf. aussi Demogue, II, p. 311.

CHAPITRE IV

Réalisation de l'éventualité

318. Le droit éventuel, avons-nous dit, est destiné à se transformer en droit pur et simple le jour où l'éventualité se réalisera. Il est certain que, dans ce procès de naissance d'un droit pur et simple, les questions les plus difficiles sont celles qui se posent avant la réalisation de l'éventualité ; c'est alors qu'on se demande, en effet, quand il y a expectative, quand il y a déjà droit partiel (éventuel), quels sont les actes que peut faire celui qui se prévaut d'un pareil droit partiel, ou bien si un pareil droit partiel constitue déjà une valeur patrimoniale. Il n'en est pas moins vrai, cependant, qu'une étude générale sur les droits éventuels ne peut s'arrêter au point où le droit éventuel se transforme en droit actuel, car une autre grosse question surgit ici : à partir de quel moment les effets du nouveau droit pur et simple prendront-ils naissance, c'est-à-dire, dans quelle mesure la situation antérieure créée par le droit éventuel se trouve-t-elle modifiée, effacée, par la

réalisation de l'éventualité ? Et cette dernière question, touchant au domaine de l'éventualité, est même tellement délicate et importante au point de vue pratique, qu'on ne saurait, méthodiquement, l'étudier que dans un chapitre à part, après avoir nécessairement discuté la valeur de certaines conceptions préalables.

319. En étudiant les droits éventuels, nous avons eu maintes fois l'occasion de déclarer, qu'en principe, le régime applicable aux droits éventuels était celui organisé pour les droits conditionnels. Or, l'article 1179 stipule que « la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ». Y a-t-il, ici encore, identité entre le droit éventuel et le droit conditionnel ? Quand un contrat s'est réalisé successivement, par l'adjonction graduelle d'un ou plusieurs éléments nécessaires à sa perfection, à un ou plusieurs autres existant dès le début, les effets de ce contrat ne se produiront-ils que dans l'avenir et non pas dans le passé aussi ? Telle est la question ; il est clair qu'on ne peut y répondre sans savoir préalablement sur quel fondement repose la rétroactivité de la condition comme construction technique. Conséquemment, une subdivision de ce chapitre s'impose : 1^o fondement, valeur et sens de la rétroactivité comme construction technique ; 2^o point de départ des effets de la réalisation de l'éventualité.

I

**Fondement, valeur et sens de la rétroactivité
comme construction technique**

320. A proprement parler, la question du fondement de la rétroactivité comme construction technique n'est pas une de celles qui aient attiré et retenu longuement les commentateurs du Code civil. On s'est généralement contenté de qualifier la rétroactivité *de fiction*, et on s'est appliqué avec zèle à en déduire toutes les conséquences pratiques.

Mais, pourrait-on dire : le mal n'est pas bien grand ; du moment que l'on sait ce que signifie au point de vue pratique la formule rétroactivité, où y a-t-il nécessité à discourir encore avec détails sur sa nature théorique ? Cette nécessité apparaît pourtant lorsque, sortant du cadre habituel de la rétroactivité, on se pose la question de savoir si la réalisation de l'éventualité est rétroactive comme l'est la réalisation de la condition. Et, généralement, les choses se passent ainsi : on ne voit l'utilité des conceptions théoriques que le jour où *le droit*, mû par les besoins de la pratique, veut prendre sous son égide des situations où il n'y avait jusqu'ici qu'*intérêt*. Ce n'est qu'alors qu'on se demande si telle formule a

théoriquement assez d'ampleur pour englober aussi les situations nouvelles !

321. En examinant la doctrine, on constate qu'on a proposé trois explications pour justifier la rétroactivité. Passons-les successivement en revue.

Première explication

322. On a d'abord dit que la rétroactivité reposait sur l'idée que la convention, fût-elle conditionnelle, est parfaite dès le jour où elle est conclue ; conséquemment, c'est à partir de ce jour que ses effets doivent se produire.

Voilà comment Demolombe (1) présente cette explication : « Les droits et les obligations sont, dans tous les contrats quels qu'ils soient, purs et simples ou conditionnels, le produit de la convention ; — or la convention des parties, lors même qu'elle est conditionnelle, est parfaite dès le jour où elle a lieu. Donc c'est bien au jour où la convention a eu lieu que doivent remonter, *ex post facto*, une fois la condition accomplie, les droits et les obligations dont cette convention même est la cause... *En un mot*

1. T. XXV, n^{os} 377 et 387. — Cette explication est quelquefois appelée en doctrine, *système de la préexistence*. Ce fut Bigot-Préameneu qui affirma le premier que la condition n'est qu'une modification d'un engagement déjà existant (Locré, *Exposé des motifs*, par Bigot-Préameneu, tome XII, p. 340, n^o 65). Parmi les auteurs modernes qui se rattachent à ce système citons encore Marcadé et Pont (7^e éd. t. IV, p. 558.)

la rétroactivité de la condition accomplie est une conséquence nécessaire de la validité de l'obligation contractée sous cette condition. » (1).

323. Il résulte que, dans ce système, la rétroactivité apparaît comme n'ayant aucune attache avec les considérations pratiques. La rétroactivité ne serait autre chose qu'une *conséquence technique* de notre conception du contrat : du moment que le contrat est parfait, il doit, au moins *virtuellement*, produire aussitôt ses effets ; et lorsque les circonstances de faits permettent la réalisation *effective* du contrat, il est assez logique que ses effets se produisent avec un caractère confirmateur.

324. Quelles sont les conséquences de ce premier système ? Une idée générale doit forcément les dominer : du moment que la rétroactivité n'est rien autre chose qu'un principe de technique, il faut l'appliquer avec toute la rigueur d'une logique inflexible. Ainsi :

a) L'effet rétroactif de la condition doit atteindre les actes d'administration : celui qui acquiert une chose sous condition suspensive n'est pas tenu, après la réalisation de la condition, de respecter les actes d'administration passés par l'aliénateur sous condition ;

b) Les fruits perçus par le débiteur sous condition

1. Voir sur ce premier système : Laurent, t. XVII, n° 78. — Larombière, t. II, art. 1179, n° 9. — Bufnoir. *De la condition*, p. 367. — Capitant. *Introduction à l'étude du droit*, p. 285. — Baudry-Lacantinerie et Barde. *Obligations*, t. II, p. 36.

devront être restitués au créancier, une fois la condition accomplie. En effet, quel serait le titre en vertu duquel le débiteur sous condition, l'aliénateur, réclamerait ces fruits ? Il est certain que l'aliénateur n'est pas un possesseur de bonne foi au sens de l'article 549 du Code civil ; quant à lui attribuer les fruits perçus *pendente conditione* comme compensation des dépenses qu'il aurait faites, ce n'est pas un parti à prendre, vu que la rétroactivité donne à l'aliénateur sous condition le droit de réclamer les frais qu'il a faits ;

c) La rétroactivité étant un principe de technique doit s'appliquer à toutes les conditions, même potestatives ;

d) Les jugements rendus à l'égard de l'aliénateur ne peuvent être opposés à l'acquéreur sous condition ;

e) Au point de vue de la théorie qui nous intéresse, ce système aboutirait à créer une différence importante entre les droits éventuels et les droits conditionnels. A la vérité, si la rétroactivité est la conséquence de la perfection du contrat, on la conçoit facilement pour les droits conditionnels, mais on ne saurait l'appliquer à la réalisation de l'éventualité. Comment décider, en effet, que tel droit, devenu pur et simple à la suite de la réalisation de l'un de ses éléments constitutifs, produira ses effets dès le jour où son élément capital existe, dès le jour donc où il existait à l'état de droit éventuel, quand le contrat

n'est parfait que le jour où l'éventualité se réalise ? Aussi, doit-on décider avec ce système, qu'une promesse unilatérale de vente ne produira ses effets que le jour où le bénéficiaire de cette promesse a déclaré vouloir en user.

325. Demandons-nous maintenant quelle est la valeur de cette première justification de la rétroactivité.

Elle est d'abord inacceptable à raison des conséquences pratiques à laquelle elle donne lieu. Aussi, sauf de rares exceptions (1), la majorité de la doctrine décide que la rétroactivité de la condition ne saurait atteindre les actes d'administration (2), que les fruits perçus par l'aliénateur sous condition ne sont pas restituables à l'acquéreur (3). On fait encore valoir de très sérieuses objections contre le système, admis cette fois par la majorité des auteurs, qui ne fait produire les effets d'une promesse de vente que du jour où le bénéficiaire a déclaré vouloir acheter (4). Or, la première chose qu'on demande à une

1. Laurent, t. VII, n° 82. — Huc, t. VII, n° 257.

2. Aubry et Rau, t. VII, p. 72. — Larombière, t. II, p. 500. — Demolombe, t. XXV, n° 499. — Baudry-Lacantinerie et Barde. *Obligations*, t. II, p. 44.

3. Aubry et Rau, t. IV, p. 123. — Demolombe, t. XXV, n° 401. — Colmet de Santerre, t. I, n° 98 bis-2°. — Baudry-Lacantinerie et Barde. *Obligations*, p. 45. — Ici encore MM. Huc (t. VII, n° 258) et Laurent (t. XVII, p. 84) se séparent de la majorité et se prononcent pour la restitution des fruits.

4. Demogue, *op. cit.*, p. 253 et 258. — Cf. avec nous, *infra*, n° 340 et suiv.

conception théorique c'est de donner satisfaction aux besoins pratiques.

Mais, analysée en elle-même aussi, cette première justification de la rétroactivité ne saurait être admise.

D'abord, elle ne peut logiquement se concilier avec le principe selon lequel les hypothèques portant sur les biens à venir sont payés, sur ces biens, non pas au marc le franc, mais d'après le rang de leurs inscriptions respectives. On arrive ainsi à considérer le propriétaire, c'est-à-dire le débiteur hypothécaire, comme ayant déjà un certain droit sur le bien à venir même avec son acquisition.

Dans la doctrine de Demolombe, la rétroactivité est la conséquence nécessaire de la perfection du contrat : comment concevoir qu'un contrat soit parfait, semble dire Demolombe, si ses effets ne remontent pas au moment de sa conclusion, le jour où ils se produisent ? A quoi bon soutenir, si cela n'est pas, que le contrat est parfait dès le jour où les parties sont tombées d'accord ; il vaudrait mieux dire en ce cas que le contrat n'atteint son plein effet que le jour où la condition se réalise.

Selon nous, il y a certainement là une confusion : la conséquence nécessaire de la perfection du contrat n'est pas la réalisation immédiate de ses effets, mais *l'impossibilité pour les parties de se dédire*. Pour obtenir ce résultat il est nécessaire de décider que le contrat est parfait dès la conclusion, dès avant la réalisation de la condition.

Mais quel rapport nécessaire pourrait-il bien y avoir entre l'époque de la perfection d'un contrat et la date à laquelle il convient de faire prendre naissance aux droits conditionnels ? Ne peut-on pas dire, tout simplement, que le contrat, parfait au point de vue de sa constitution, ne produira néanmoins ses effets que plus tard, à cause de tel événement qui empêche actuellement son plein épanouissement ? Et, surtout si l'on considère la rétroactivité comme une fiction, n'est-il pas bizarre de la présenter comme une conséquence nécessaire de la validité de l'obligation contractée sous cette condition : *une fiction* peut-elle être une conséquence nécessaire de quoi que ce soit ?

Cette première justification de la rétroactivité ne saurait donc être admise par nous ; bien plus, si elle était vérifiée exacte, la rétroactivité apparaîtrait comme une construction à rejeter, tellement ses conséquences pratiques seraient peu acceptables.

Deuxième explication

326. Dans ce système on fait reposer la rétroactivité sur la commune intention des parties. « Tant que la condition n'est pas accomplie il y a incertitude. Aussitôt qu'elle est accomplie, la certitude arrive, le droit existe ou plutôt il est vérifié qu'il y a eu un droit existant. On reconnaît alors que, dès le principe, *ab initio*, il y a eu un droit, et les par-

ties font alors ce qu'elles auraient fait dès le moment de la convention, si, à ce moment, elles avaient pu lire dans l'avenir. L'obligation conditionnelle n'est donc pas une obligation future : c'est une obligation qui, sous la condition prévue, existe ou n'existe pas dès le jour où les parties l'ont formée » (1).

327. Concevoir la rétroactivité de la condition comme une règle interprétative de volonté est, certainement, une solution plus acceptable que de présenter la rétroactivité comme une conséquence de la perfection du contrat. Mais cette seconde explication comporte une nécessité, notamment, celle de considérer l'article 1179 comme simplement interprétatif, comme ne valant que sauf volonté contraire.

Or, qu'observons-nous ? L'article 1179 est compris comme règle impérative, par ceux-mêmes qui fondent la rétroactivité sur la commune intention des parties. Bien plus, les auteurs qui préconisent cette seconde explication sont tout aussi rigoureux, au point de vue des conséquences à tirer de l'article 1179, que ceux qui voient dans la rétroactivité un principe de technique. Ainsi, selon M. Huc, la rétroactivité de la condition doit atteindre les actes d'administrations (2), les fruits, perçus par le débiteur conditionnel, devront être restitués par lui avec la

1. Hue, t. VII, n° 255, p. 342 et 343.— Dans le même sens : Laurent, t. XVII, n° 78.

2. T. VII, n° 257.

chose au créancier lorsque la condition s'accomplit (1) ; l'article 1179 s'applique même aux conditions posttestatives (2).

328. Quoiqu'on pense de tout cela, une chose est à observer : si l'article 1179 comprend une règle impérative, en harmonie avec la volonté des parties, il doit certainement être restreint à la condition, il ne saurait, à aucun titre, être étendu aux droits éventuels. Quant à ces derniers, la discussion reste libre à établir si les nécessités pratiques exigent que le droit pur et simple, sorti d'un droit éventuel, produise ses effets plutôt à tel moment qu'à un autre, et, si la rétroactivité est une chose dont les parties peuvent disposer à leur gré. C'est de pareilles discussions qu'est sorti la troisième justification de la rétroactivité, que nous allons maintenant présenter.

Troisième explication

329. La rétroactivité est une construction juridique qui a été imaginée pour expliquer certains résultats que l'intérêt pratique réclamait.

Ainsi formulée, cette justification de la rétroactivité étonnera quelque peu : d'abord, il semble que nous confondions l'explication de la rétroactivité, en tant que construction technique, avec son utilité pratique ; ensuite, il peut paraître curieux de parler de

1. T. VII, n° 258.

2. T. VII, n° 256.

l'utilité de la rétroactivité, alors que l'opinion générale la condamne comme contraire aux besoins économiques de notre société. Mais ces appréhensions ne sauraient résister à une analyse plus attentive des faits. Ainsi, nous venons de voir que l'on ne peut fonder la rétroactivité sur l'idée de perfection du contrat ou sur la commune intention des parties. Or, à défaut d'une explication théorique de la rétroactivité, il ne nous reste qu'à examiner si les solutions que l'on fait découler de la notion générale rétroactivité cadrent ou non avec l'intérêt de la pratique : il est certain, du reste, que, si cet examen conduit à une conclusion affirmative, l'on maintiendra l'idée de rétroactivité comme englobant un nombre de conséquences nécessaires aux besoins des justiciables. De cette manière on arrive à fonder la rétroactivité sur son utilité sociale même. Ensuite, ceux qui condamnent la notion de rétroactivité le font le plus souvent à cause des conséquences peu satisfaisantes qu'on a voulu tirer jusqu'ici de telle ou telle conception théorique de la rétroactivité ; d'ailleurs, il reste à discuter si, pratiquement, l'article 1179 est un mal.

Conséquemment, démontrons la nécessité de l'idée de rétroactivité, et sa persistance chez ceux-là mêmes qui ont formellement déclaré l'avoir rejetée.

330. Il faut partir de cette prémisse indiscutable : *on ne devient créancier que pour être payé !* Donc, quiconque obtient un droit, à la suite d'un acte juridique, doit avoir la certitude que ce droit attein-

dra son plein épanouissement, qu'il lui accordera toute l'utilité qu'il est susceptible de fournir. Ainsi, lorsque j'achète un immeuble sous condition suspensive, je désire avoir certainement l'immeuble le jour où la condition se réalise. Il faut que j'ai, en conséquence, dès le jour du contrat une situation telle que je ne puisse être évincé même si mon vendeur a postérieurement aliéné une seconde fois l'immeuble à un acquéreur pur et simple ; autrement à quoi aurait servi la vente conditionnelle qu'on m'a consentie ? On pourrait dire : si votre vendeur aliène purement et simplement l'immeuble qu'il vous a transmis sous condition, vous aurez un recours en garantie contre lui ! Mais ce recours en garantie peut souvent être illusoire, à cause de l'insolvabilité du vendeur ; en tout cas, ce n'est pas de l'argent, mais tel immeuble en nature, que j'ai eu en vue le jour où je contractais conditionnellement. *La sécurité des transactions exige donc que le créancier sous condition ait, le jour où la condition se réalise, la même situation qu'il aurait eue si la condition s'était réalisée immédiatement après la conclusion du contrat conditionnel.* Or comment arriver à ce résultat, sinon en décidant que les effets du contrat conditionnels remonteront, une fois la condition réalisée, au jour où le contrat a été conclu ?

Pour le créancier conditionnel, le tout est donc de voir naître son droit à une bonne date. C'est le même intérêt qui détermine le titulaire d'un droit de

créance de renforcer son droit par l'adjonction d'une hypothèque ou d'une autre garantie réelle. Le droit réel comporte, en effet, un droit de préférence et un droit de suite. Le créancier, qui fortifie son droit de créance par une hypothèque, veut donc être payé par préférence à d'autres personnes. Or la préférence est chose relative : on peut être préféré à certains, tout en ne l'étant pas à l'égard d'autres. Et alors, comment réglera-t-on entre eux plusieurs droits de préférence ? Selon la date de leur naissance.

Le rapprochement que nous venons de faire entre l'intérêt du créancier conditionnel et celui du titulaire d'un droit personnel, et consistant notamment pour les deux à s'assurer un bon rang, c'est-à-dire une bonne date, prouve que, par rapport au créancier conditionnel, la rétroactivité joue le rôle que les sûretés réelles remplissent auprès des titulaires de droits de créance.

Et, comme c'est surtout lorsqu'il s'agit de droits réels que le créancier conditionnel a intérêt de venir en bon rang, nous arrivons à cette conclusion : la rétroactivité est une construction juridique destinée à fortifier l'obligation de constituer ou de transférer un droit réel, en lui assignant comme date de naissance le contrat et non pas le jour où la condition se réalise.

331. Cette justification de la rétroactivité est tellement vraie, que nous constatons, contrairement à ce que l'on affirme habituellement, la persistance de

la rétroactivité malgré toutes les attaques qu'elle a reçues.

Il est vrai que les auteurs modernes condamnent l'idée de rétroactivité, et la considèrent comme le résultat d'une tradition malencontreuse qui a son point de départ dans une interprétation, assez contestable, du droit romain (1).

Il est vrai que ces mêmes auteurs considèrent qu'il serait plus conforme aux principes généraux du droit, quand un fait a été érigé en condition, de considérer qu'il est devenu un élément essentiel de cet acte et de décider que les effets de ce dernier ne commenceront à se produire qu'à la date où tous les éléments du contrat se trouveront réunis, la condition comme les autres. Il est encore vrai qu'au point de vue législatif il y a une certaine réaction contre l'idée de rétroactivité. Ainsi, l'article 171 du Code fédéral des obligations dispose : « Elle (la convention) ne produit ses effets qu'à partir du moment où la condition s'accomplit, à moins que les parties n'aient manifesté une intention contraire », tandis que l'article 174 dit expressément, à propos de la condition résolutoire : « En principe, il n'y a pas d'effet rétroactif ». De même, le Code civil allemand établit dans son article 158 que : « Lorsqu'un acte juridique a été accompli sous une condition suspensive, l'efficacité de cet acte, telle qu'elle a été ainsi rendue dépen-

1. Cf. sur ce point Leloutre, *De la non rétroactivité de la condition dans l'acte et le fait juridique* (thèse Caen, 1904). — Baudry et Barde, *Obligations*, t. II, p. 34 et suiv.

dante de la condition, se réalise en même temps que se réalise la condition » ; et dans son article 159 : « Lorsqu'un acte juridique est accompli sous une condition résolutoire, l'efficacité de l'acte cesse au moment où se réalise la condition. A partir de ce moment, l'état de droit antérieur est rétabli. »

Mais toutes ces considérations ne peuvent aboutir à rejeter l'idée de rétroactivité. Les auteurs qui la condamnent ne veulent regarder que le mauvais côté de la rétroactivité : les complications au point de vue de l'administration, les procès qu'elle engendre, les aliénations qu'elle fait tomber ; ils ne veulent pas avouer qu'à beaucoup d'égards l'intérêt pratique trouve amplement satisfaction dans cette construction juridique.

D'ailleurs les complications auxquelles donne lieu la rétroactivité sont en grande partie dues au mauvais vouloir, à la négligence des intéressés. Ainsi, pour que le créancier conditionnel ne soit pas exposé à respecter les actes consentis par le débiteur conditionnel, il peut parfaitement convenir avec ce dernier que les actes d'administration soient passés de commun accord avec lui. De même, celui qui achète l'immeuble de chez le débiteur sous condition ne peut se plaindre que la condition une fois réalisée lui a effacé le titre de propriétaire : il a acheté en connaissance de cause, à ses risques et périls.

Quant aux législations qu'on invoque comme condamnant l'idée de rétroactivité, à les regarder de

près, on voit qu'elles sont loin de dire ce que l'on veut leur faire parler. L'article 171 et 174 du Code fédéral suisse ne détruisent l'effet rétroactif *que si les parties n'ont manifesté une intention contraire* : cela veut dire que la rétroactivité peut présenter de l'utilité et que le législateur s'est borné de laisser aux soins des parties le fonctionnement de cet effet de la condition, au lieu de l'établir une fois pour toute, d'une manière abstraite, dans un texte qui peut-être ne convenait pas dans toutes les circonstances.

Ensuite, le Code allemand apporte un nombre respectable de palliatifs au principe que la condition n'est pas rétroactive. Ainsi, l'article 159 s'exprime : « Lorsque d'après le contenu de l'acte juridique, les conséquences attachées à la réalisation de la condition doivent être reportées à une époque antérieure, les parties intéressées sont obligées, au cas de réalisation de la condition, de se fournir réciproquement ce qu'elles auraient eu si ces conséquences s'étaient réalisées à l'époque antérieure indiquée. » De même, l'article 161 du Code civil allemand pose une règle qui rend à peu près inutile la notion de rétroactivité : « Si quelqu'un, sous une condition suspensive, a disposé d'un objet, *tout autre acte ultérieur de disposition auquel il procéderait relativement à l'objet, pendant que la condition est en suspens, est, au cas de réalisation de la condition, inefficace*, dans la mesure où cet acte anéantirait ou amoindrirait les effets juridiques dont la mise en

vigueur dépend de la condition. Il faut assimiler à un acte de disposition de cette nature, l'acte de disposition qui, pendant que la condition est en suspens, interviendrait sous forme d'exécution forcée ou de procédure de saisie, ou par le fait d'un syndic de faillite. »

La rétroactivité repose donc sur l'intérêt pratique et comme telle, on ne saurait impunément la faire disparaître d'une législation.

*
* *

332. Si la rétroactivité est une formule destinée à exprimer en technique certaines conséquences utiles à l'intérêt des parties, demandons-nous maintenant si réellement il est nécessaire de dire, pour arriver à cette fin, que les effets du contrat conditionnel remontent, une fois la condition réalisée ; car nul doute que dans cette manière de présenter les choses on ne puisse voir une fiction. Or, n'est-il pas préférable de chercher une explication juridique acceptable, pour telle situation voulue par l'intérêt pratique, au lieu de se borner à dire : par une fiction, les choses se passent autrement que le veut la réalité ?

333. Ce que l'on déguise sous le nom de rétroactivité est, à bien observer les choses, un procès juridique normal, conforme à tous les principes du droit. Voilà en quoi il consiste (1).

1. Cf. Chausse, De la rétroactivité des conditions. *Revue critique*, 1900, p. 543. — Demogue, *op. cit.*, II, p. 250 et suiv.

Quand une personne aliène sous condition, elle crée dès à présent un droit réel au profit de l'acquéreur ; mais ce droit réel, *né immédiatement*, ne produira ses effets qu'à partir du jour où la condition s'est réalisée. Cela étant, que reste-t-il à l'aliénateur sous condition ? La *propriété temporaire* de la chose entre le moment de l'aliénation et celui de la réalisation de la condition, et, en plus, *la chance* de garder la propriété indéfiniment si la condition défailit. En vertu de son droit de propriété temporaire, l'aliénateur sous condition peut encore vendre la chose ; mais il ne transférera au second acquéreur que ce qui lui reste de la pleine propriété antérieure. Donc, celui qui acquiert la propriété temporaire de l'aliénateur sous condition, ne pourra opposer aucun droit et s'effacera complètement le jour où la condition s'est réalisée. De cette manière l'acquéreur sous condition aura, au jour où la condition se réalise, la même situation que si la condition s'était réalisée immédiatement après la vente.

334. Des objections se présentent naturellement à l'esprit contre cette explication :

a) D'abord, il semble quelque peu bizarre de parler de propriété temporaire. Mais le droit moderne s'est départi en cela des principes du droit romain : il a admis que la perpétuité n'était plus un attribut essentiel de la propriété (1).

b) On peut penser, ensuite, que cette explication se

1. Cf. Cass., 1^{er} avril 1884. S. 85, 1. 85.

heurte aux articles 1168 et 1185 du Code civil : le premier de ces articles parle de l'obligation qui est *suspendue* jusqu'à ce que la condition se réalise ; le second, décide que le terme, par opposition à la condition, ne suspend point l'engagement, dont il *retarde* seulement l'exécution. Or, en disant que l'acquéreur sous condition obtient immédiatement un droit à la chose, mais que les conséquences pratiques de ce droit ne se réaliseront que plus tard, ne contredit-on pas les articles 1168 et 1185, qui semblent indiquer que le droit n'a pas d'existence avant l'arrivée de la condition ? Nous ne le pensons pas : l'article 1185 dit simplement qu'il faut distinguer le droit à terme, dont l'exécution est seule retardée, du droit conditionnel, qui n'est pas seulement retardé dans son exécution, mais qui est aussi incertain. Or, on ne peut pas dire qu'un droit incertain n'a pas la moindre existence actuelle, et cela, d'autant plus, qu'on permet les actes conservatoires aux créanciers qui se prévalent de simples droits conditionnels. Comment expliquer, en effet, la possibilité de faire des actes conservatoires quand on n'est pas créancier, quand on ne peut exciper d'aucun droit ? Un droit conditionnel a donc, en partie, une existence actuelle ; conséquemment, l'on peut distinguer entre le moment où ce droit naît et celui où il produit ses effets.

c) Nous venons d'analyser le droit sous condition comme le droit d'un substitué et, par là, il semble que nous confondions ces deux choses ; or, l'explication

ainsi présentée ne se heurte-t-elle pas à la jurisprudence qui distingue entre la substitution, qu'elle annule, et le double legs conditionnel, qu'elle valide? Sans parler de la valeur de la distinction jurisprudentielle, constatons simplement qu'il y a une différence sérieuse entre le double legs conditionnel et la substitution. Dans le double legs conditionnel les deux légataires ont une existence actuelle : les droits peuvent dès à présent reposer sur leurs têtes. Dans la substitution, si le grevé existe, le substitué peut ne pas exister : on peut ainsi se heurter à des difficultés lorsqu'il serait utile de traiter avec lui. Il y a donc une distinction à faire entre ces deux cas ; partant, cela suffit pour que l'on ne puisse nous accuser de confondre le double legs conditionnel et la substitution.

335. Nous arrivons de cette manière à voir en quoi s'analyse la rétroactivité de la condition. Il n'y a, à proprement parler, ni rétroactivité, ni fiction dans la disposition de l'article 1179. L'explication que nous venons de présenter, et qui tend à exprimer en technique les résultats pratiques auxquels on veut aboutir, repose entièrement sur l'intérêt des parties. Aussi ne ferons-nous pas de l'article 1179 une formule rigide, applicable, sans distinction, à toutes les hypothèses, et nous garderons-nous d'en tirer des conséquences contraires à l'intention des parties.

Ainsi, si la sécurité des transactions exige que la

situation du bénéficiaire d'une promesse de vente soit telle que le promettant ne puisse plus aliéner valablement la chose, si la rétroactivité de la condition est, en conséquence, ordonnée ici par l'intérêt des parties, il serait arbitraire de décider que si j'achète une maison pour le cas où je serais nommé fonctionnaire dans telle ville, je dois en devenir propriétaire à partir du jour où le contrat a été conclu.

Au point de vue des conséquences de l'article 1179, notons que l'on doit repousser la restitution de fruits de la part de l'aliénateur sous condition à l'acquéreur : ce dernier ne tenait pas à la jouissance intérieure. C'est toujours l'intention des parties qui commande le respect des actes d'administrations passées par le débiteur sous condition, avant la réalisation de cette dernière. Quant à l'administration postérieure à l'arrivée de la condition, on pourrait dire que l'aliénateur sous condition peut la faire en vertu d'un mandat tacite. C'est toujours l'idée de mandat tacite qui expliquera pourquoi on doit considérer comme ayant autorité de chose jugée, pour l'acquéreur sous condition, les jugements prononcés en faveur ou contre le débiteur sous condition, toutes les fois qu'il est prouvé que l'acquéreur avait connaissance du procès en question.

336. Une dernière observation à faire : la rétroactivité de la condition, telle que nous l'avons présentée, cadre-t-elle avec les textes en vigueur, avec l'article 1179 ; ne s'agit-il pas plutôt là d'une théorie

à faire en législation que d'une solution à donner en droit actuel ? Certainement, l'explication que nous avons donnée est en conformité avec l'article 1179 : ce texte doit, avant tout, être interprété ; et, comme il s'agit à lui trouver ici un fondement technique, on n'a à tenir compte que de la logique, et non pas de l'intention du législateur. Cette dernière ne pourrait être invoquée que pour empêcher des conséquences pratiques contraires à l'esprit de la loi : or, les conséquences que nous tirons de l'article 1179 sont à peu près identiques avec celles que propose la majorité de la doctrine.

II

Point de départ des effets de la réalisation de l'éventualité

337. Nous venons de voir que ce qu'on appelle ordinairement rétroactivité de la condition est un procès juridique d'une incontestable utilité et consistant à décomposer le droit de propriété de l'aliénateur sous condition : ce dernier transfère la portion de son droit afférente à l'époque postérieure de la réalisation de la condition ; il garde, au contraire, pour lui-même la propriété de la chose jusqu'à l'événement de la condition, ainsi que la propriété pour le temps postérieur dans le cas où la condition défaillerait.

Cette analyse de la rétroactivité de la condition peut-elle être transposée dans le domaine de l'éven-

tualité ? Peut-on, grâce à elle, déterminer à partir de quel moment doivent se produire les effets de la réalisation de l'éventualité ? Nous le pensons ; c'est d'ailleurs la raison pour laquelle nous venons de faire la discussion qui précède.

338. Pour travailler avec méthode, passons en revue les différentes catégories de droits éventuels : droits éventuels quant au consentement, quant à l'objet, quant à la capacité, quant à un élément essentiel spécial à tel acte, quant à la nécessité de l'existence d'un contrat principal, et choisissons dans chacune de ses catégories un ou plusieurs des cas les plus pratiques, où la réalisation de l'éventualité fait naître des difficultés quant au point de départ de ses effets.

Droits éventuels quant au consentement

339. C'est surtout à l'occasion des promesses unilatérales de vente ou d'achat que se sont produites les discussions sur le point de départ des effets de la réalisation de l'éventualité.

340. Promesse de vente ou d'achat. — Une personne consent à une autre une promesse de vente ou d'achat ; après un intervalle plus ou moins long, cette dernière entend bénéficier de la promesse à elle faite ; à partir de quel moment son droit vient-il à naître ? A partir du moment où la promesse a été faite, ou à partir de celui où elle a été acceptée ?

L'intérêt de la question est grand : le promettant

a pu aliéner la chose promise dans l'intervalle qui sépare la promesse unilatérale de sa réalisation, de sa transformation en contrat de vente ; or, le bénéficiaire de la promesse pourra-t-il évincer le tiers qui a acquis le bien *pendente conditione* ?

Pas moins grande est la difficulté du problème : il y a deux intérêts en présence, celui du bénéficiaire de la promesse, celui du tiers acquéreur ; lequel devra-t-on faire prévaloir ? Et, une fois qu'on aura déterminé celui des deux intérêts qui est le plus considérable, comment arriver à lui donner satisfaction en droit positif ?

341. Entre l'intérêt du bénéficiaire de la promesse de vente et celui de l'acquéreur *pendente conditione*, pour lequel doit-on opter ? Au premier abord il semble que ce soit le tiers qui doit l'emporter : dans l'immense majorité des cas, les choses se passent ainsi. Le tiers représente l'intérêt de la société et, à ce titre, il est toujours préféré. Demandons-nous cependant quel but veut-on atteindre en faisant toujours prévaloir l'intérêt du tiers. Incontestablement : *éviter les surprises, assurer la sécurité des transactions*. C'est pourquoi on exige toujours la *bonne foi* du tiers. Or, dès que les choses se passent de telle manière qu'il n'y ait plus surprise pour le tiers, dès que, en fait, le tiers agit en pleine connaissance de cause, il n'y a plus raison de le protéger contre un acte dont il est l'auteur conscient. Ainsi, la transcription d'une promesse de vente de tel immeuble

renseignera quiconque a intérêt de le connaître sur l'état de cet immeuble. Si donc j'achète l'immeuble en question, je sais à quoi m'attendre : je passe un contrat aléatoire qui équivaut pour moi, par exemple, à un achat à fonds perdus ; à quel titre aurais-je la prétention d'être préféré au bénéficiaire de la promesse de vente le jour où ce dernier entend en user ?

A cela, on pourrait répondre que, dans la matière, la transcription ne fera connaître aux intéressés qu'une *incertitude*. Or, le propriétaire de l'immeuble trouvera-t-il encore à aliéner son bien dans des conditions aussi risquées ? Et, si, par extraordinaire, l'aliénation de ce bien est passée, l'acquéreur n'exploitera-t-il pas sans intérêt et d'une façon fort défectueuse un fond qu'il est, à chaque instant, menacé de perdre ?

342. Ces objections ne sont pas sans réponse. Il faut partir de cette idée qu'on est responsable de ses actes, et que la loi n'est pas appelée à protéger l'individu contre lui-même. Celui qui consent une promesse de vente de son bien n'est, honnêtement parlant, plus disposé à l'aliéner à une autre personne pendant la durée de l'offre de vente.

S'il avait voulu aliéner purement et simplement son bien, c'est une vente, et non pas une promesse de vente, qu'il aurait cherché à passer. Il n'est donc pas justifié de soutenir que la promesse consentie rend difficile l'aliénation de son bien. D'autre part, l'acqué-

reur d'un immeuble, objet d'une promesse de vente régulièrement transcrite, sera mal venu de se plaindre que l'incertitude de la propriété l'empêche d'exploiter son bien dans les meilleures conditions. Il savait à quoi s'attendre. D'ailleurs, on ne peut supposer une personne achetant sciemment un bien qu'elle n'aurait pas intérêt à exploiter ; au contraire, comme pour un fermier, la crainte de perdre l'immeuble d'un jour à l'autre poussera l'acquéreur à tirer le plus de profit possible pendant la durée de sa jouissance. Les choses se passeront d'autant plus ainsi que l'acquéreur d'un immeuble, objet d'une promesse de vente, doit raisonnablement être supposé homme aimant à spéculer sur le hasard.

343. Mais, ce qui surtout nous décidera à préférer au tiers acquéreur le bénéficiaire de la promesse, c'est l'intérêt considérable que ce dernier a de ne pas rester désarmé en face de la mauvaise foi du promettant. Je me fais consentir une promesse de vente d'un terrain nécessaire à la construction d'une usine. Quelques jours après, et sans que j'eusse eu matériellement le temps d'user de cette promesse, le promettant revend le terrain à un de mes concurrents. Dans le système qui nie la rétroactivité de la condition potestative, mon concurrent, qui, en définitif, n'a cherché qu'à me supplanter, restera bel et bien propriétaire du terrain, tandis que je me verrai réduit à une action en dommages-intérêts, souvent inopérante, contre le promettant. A cela, on pourrait

répondre que le stipulant n'avait qu'à passer une vente sous la condition : *si je puis acquérir l'immeuble*. Evidemment, dans ce cas, le tiers acquéreur serait évincé grâce à l'effet rétroactif de la condition « si je puis » qui n'est pas simplement potestative. Mais, comme on la fort bien remarqué, le fait pour lequel on ne veut pas faire un achat ferme est-il toujours assez précis pour le couler dans le moule d'une condition ? Ainsi, je voudrais agrandir mon usine pour le cas où mes affaires prospèrent ; c'est à moi et rien qu'à moi de décider quand le moment d'agir est venu. Comment donc ériger ce fait en condition ? Et alors n'ai-je pas tout intérêt à me faire consentir une simple promesse de vente ?

344. Conclusion : la sécurité du bénéficiaire de la promesse de vente est équitable ; ce dernier doit être préféré au tiers acquéreur.

345. Comment arriver à consacrer ce résultat en droit positif ?

Et d'abord constatons que la doctrine est plutôt défavorable à l'opinion qui veut protéger le bénéficiaire de la vente (1). La condition a seule un effet rétroactif : or, lorsqu'un acte juridique est soumis à une condition potestative, il n'a de conditionnel que le nom. La condition est, par définition, un fait extérieur au contrat ; or la condition potestative consiste dans un élément nécessaire à l'existence du con-

1. Baudry et Saignat. *De la vente*, p. 4. — Guillouard, t. I, n° 84. — De même : Cass., 20 janv. 1862. S. 62. I. 705.

trat : le consentement. On est donc ici en présence d'un droit éventuel et non pas conditionnel. Certains auteurs se prononcent, au contraire, pour la rétroactivité de la condition potestative (1) ; pour eux, comme pour nous, le bénéficiaire de la promesse de vente pourra évincer le tiers acquéreur (2). Enfin, ceux qui nient la rétroactivité de la condition en général, posent en principe incontestable que le *fait juridique conditionnel* (expression qui correspond à ce que nous appelons première phase de la naissance d'un droit pur et simple, ou droit éventuel) ne saurait comporter un effet rétroactif (3).

346. Nous avons montré, précédemment, pourquoi nous pensions devoir maintenir l'effet rétroactif de la condition (4). Il ne reste donc qu'à démontrer pourquoi nous croyons qu'il n'y a pas lieu de distinguer ici entre le droit conditionnel et le droit éventuel.

347. Celui qui promet de vendre ne promet pas, comme on l'entend généralement, sa volonté future ; il ne dit pas : je vous promets mon consentement pour le jour où vous, stipulant, donnerez le vôtre.

1. Par exemple : Huc, t. VII, p. 340 et suiv.

2. Huc, t. X, p. 47. — Colmet de Santerre, t. VII, n° 10 bis-5°. — Larombière, article 1138, n° 3. — Et surtout Demogue, *op. cit.*, II, p. 258 et suiv.

3. Leloutre, *op. cit.* (*De la non-rétroactivité de la condition dans l'acte et le fait juridiques*. Caen 1904), p. 18 à 20.

4. Ci-dessus n° 329 et suiv.

En effet si cela était, on arriverait à une contradiction flagrante. Le jour où le stipulant entend user de la promesse, si le débiteur refusait d'exécuter l'obligation, nous savons que le tribunal proclamerait de force l'adhésion du débiteur et que son jugement tiendrait lieu de contrat. Il n'y a là rien d'anormal, dira-t-on : les tribunaux ont bien le droit d'ordonner qu'une obligation de faire soit exécutée contre la volonté du promettant. Certainement ; mais ici que s'est-il passé si l'on persiste à croire que le promettant n'engage, au moment de la promesse de vente, que sa volonté future ?

Le tribunal aura ordonné l'exécution d'une promesse de vouloir ! Pour ne pas arriver à une telle bizarrerie, il faut donc renoncer à croire que le promettant n'engage que sa volonté future.

Le promettant engage sa volonté actuelle de vendre ; bien plus, le stipulant donne aussi immédiatement son adhésion au contrat. Seulement, quoique le contrat soit parfait dès à présent, les parties veulent encore le suspendre jusqu'à l'événement d'une condition. Cette condition aurait pu être la volonté d'un tiers : les parties ont décidé que ce soit un nouvel acte de volonté de la part du stipulant.

Il résulte donc que la promesse de vente, loin d'être seulement un contrat unilatéral, un contrat à moitié bâti, peut encore s'analyser en un contrat parfait soumis à une condition spéciale ; un nouvel acte de volonté de la part de l'acheteur.

Et, alors, pourquoi refuser à la condition, qui affecte ce contrat, l'effet rétroactif qu'on accorde à toutes les autres (1).

348. Nous venons de prouver qu'il n'y avait pas raison de distinguer, dans la matière, entre le droit conditionnel et le droit éventuel ; cela revient à dire qu'il faut transposer ici l'analyse que nous avons faite ci-dessus sur le transfert conditionnel de la propriété. Ce n'est que grâce à cette explication qu'on peut, en droit positif, assurer dans tous les cas la sécurité du bénéficiaire de la promesse de vente.

1. Il ne faut pas s'étonner de l'analyse de la promesse de vente que nous venons de présenter. On trouve l'équivalent d'une telle décomposition dans beaucoup de parties du droit. Ainsi l'on sait que Demolombe a proposé, pour expliquer l'impossibilité de retirer une offre même non acceptée, pendant le délai fixé par le pollicitant, de distinguer entre deux conventions : l'une *possible*, qui se formera si l'offre est acceptée, l'autre dès maintenant conclue, qui consiste dans la promesse de l'offrant de maintenir son offre un certain temps. Pour cette seconde convention, il faut, selon Demolombe, présumer l'acceptation du tiers, car elle ne peut que lui profiter. Ainsi encore, parmi les théories qui se proposent d'expliquer le fondement du droit du créancier conditionnel, il y en a une qui, dans un contrat conditionnel, distingue deux droits : un droit pur et simple du créancier sur le consentement de son débiteur, ce dernier ayant déjà donné son adhésion à l'acte ; un droit conditionnel ayant pour objet la prestation promise et qui dépend de l'événement érigé en condition. C'est l'existence du premier de ces droits qui expliquerait, selon les partisans de cette théorie, pourquoi le créancier conditionnel peut prendre des mesures conservatoires, transmettre son droit, etc.

En effet, à quel autre expédient pourrait-on avoir recours pour assurer la sécurité du stipulant ? On pourrait songer, et on l'a fait : à la théorie de l'obligation unilatérale, à la théorie du délit civil. Démontrons que ces deux théories se trouvent ici en défaut.

349. — *Théorie de l'obligation unilatérale.* —

D'après les partisans de cette théorie, l'obligation naît par la simple volonté de celui qui s'oblige, sans qu'il soit besoin d'un concours de volontés. Or, le promettant étant immédiatement obligé par sa promesse de vendre, on peut dire qu'il a, dès ce moment, abdiqué sa propriété sous la condition que le stipulant l'accepte. Cette condition, consistant dans la volonté d'un tiers, est casuelle par rapport au promettant. On a donc, dans l'hypothèse d'une promesse de vente, un transfert de propriété analogue à celui qui s'opère dans un contrat conditionnel : le stipulant sera protégé par la rétroactivité de la condition.

Cette explication exige qu'on donne pleine créance à la théorie de l'obligation unilatérale. Sans discuter ici le fondement de cette dernière, il suffit de constater les discussions auxquelles elle a donné lieu, pour chercher dans une autre direction le moyen d'assurer en droit positif la sécurité du bénéficiaire de la promesse de vente.

350. *Théorie du délit civil.* — Si l'acquéreur de l'immeuble connaît l'existence de la promesse de vente antérieure, il se rend complice de la fraude du vendeur ; il commet donc, à son tour,

un délit civil qui entraîne sa responsabilité. Or il est un principe certain selon lequel le juge doit accorder la réparation du délit de la manière la plus appropriée pour effacer tout dommage. Cette réparation, pour être réellement complète, ne saurait être ici que la restitution, par le tiers acquéreur au stipulant, de l'immeuble malhonnêtement acquis.

La théorie du délit civil donnera souvent amplement satisfaction aux besoins pratiques. Elle se trouve cependant en défaut, a-t-on fait remarquer, en trois cas (1).

Le premier est celui où le tiers acquéreur est de bonne foi. L'aliénateur a bien violé sa promesse. Mais pour que cette violation puisse entraîner plus qu'une condamnation à des dommages-intérêts, il faudrait que, du jour où la promesse de vente se transforme en vente par la volonté du stipulant, la propriété vint reposer sur la tête de l'acquéreur. Certainement, ce n'est pas à la théorie du délit civil qu'il faudra demander un pareil résultat. Seulement, pour notre part, nous ne pensons pas que la théorie du délit civil se trouve ici en défaut, du moins dans l'hypothèse la plus pratique, celle de la vente d'un immeuble. De deux choses l'une : ou bien la promesse antérieure de vente a été transcrite, ou bien elle ne l'a pas été. Dans ce dernier cas, la question de l'éviction du tiers acquéreur ne se pose même pas. L'acquéreur, qui a régulièrement trans-

1. Demogue, *op. cit.*, II, p. 256, 257 combinés.

crit son titre, ne pourrait être évincé par un acquéreur pur et simple dont le titre serait antérieur en date, mais pas transcrit ; d'autant plus ne saurait-il être inquiété par le stipulant d'une promesse de vente (1). Mais si, au contraire, la promesse de vente a été transcrite, nous ne voyons pas pourquoi la théorie du délit civil ne donnerait pas ample satisfaction au stipulant. Si l'acquéreur a consulté les registres de transcription, il est certainement de mauvaise foi ; s'il ne l'a pas fait, il est en faute et cela suffit pour qu'il soit responsable : l'éviction n'est pour lui que la conséquence de sa négligence.

Selons nous, ce n'est que dans les deux autres cas indiqués par M. Demogue que la théorie du délit civil sera en défaut, — et cela suffit pour chercher autre part la protection du stipulant.

La théorie du délit civil ne donnera pas satisfaction au stipulant, d'abord, lorsque le tiers de mau-

1. Les choses se passeront encore ainsi dans le cas d'une promesse de cession de créance si les mesures de publicité édictées par l'article 1690 : signification au débiteur, acceptation du débiteur cédé par acte authentique, n'ont pas été remplies. Dans ce cas, le stipulant ne saurait prétendre évincer le cessionnaire.

Que dire de l'aliénation d'un meuble antérieurement promis ? Ici l'acquéreur n'avait plus où se renseigner sur l'existence de la promesse de vente. Ce sera une question de fait que de savoir si l'acquéreur est ou non de bonne foi et si, conséquemment, il peut invoquer l'article 2279. Mais, quoique de bonne foi, l'acquéreur sera évincé par le stipulant si ce dernier est en possession du meuble (art. 1441).

vaise foi revend ou constitue un droit réel à une autre personne qui est de bonne foi. Le sous-acquéreur, n'ayant pas commis de délit civil, ne saurait être inquiété par le stipulant.

La théorie du délit civil serait encore en défaut si le tiers acquéreur était insolvable. Dans ce cas ses biens seraient vendus et le prix distribué au marc le franc entre tous les créanciers. Décider que le stipulant, en qualité de créancier d'une obligation délictuelle, aurait le droit de prendre en nature l'immeuble acquis, signifierait, en ce cas, rompre l'égalité, entre les créanciers, établie par l'article 2093 : en effet, le stipulant serait entièrement rempli de ses droits, tandis que le reste des créanciers du tiers acquéreur resteraient impayés. La réparation en nature d'un délit suppose nécessairement que le débiteur a des biens suffisants pour payer tous ses créanciers sans exception.

351. Il résulte de tout ce qui précède, que la sécurité du bénéficiaire de la promesse de vente ne saurait être obtenue en droit positif, ni par la théorie de l'obligation unilatérale, ni par celle du délit civil. Le stipulant trouvera, au contraire, toute satisfaction, si l'on analyse les effets d'une promesse de vente comme nous l'avons fait précédemment pour les transferts conditionnels de propriété.

Dès qu'une promesse de vente est consentie par rapport à un bien, le droit de propriété se trouve partagé. Le vendeur reste titulaire du droit de pro-

priété pour tout le temps qui s'écoulera jusqu'à ce que la promesse puisse se transformer en vente ; pour le temps qui s'écoulera au delà du délai pour utiliser la promesse, il n'a plus qu'une propriété subordonnée à la condition du silence de son acheteur. D'autre part, le stipulant acquiert *immédiatement* un droit de propriété pour la partie du temps qui suit son adhésion à la promesse.

Ce qui est important c'est que le stipulant obtient immédiatement le droit réel, dont les effets doivent se réaliser postérieurement. Les choses se passent couramment ainsi dans le domaine des droits personnels : on passe le 1^{er} janvier le bail d'un immeuble, alors que l'entrée en jouissance ne peut avoir lieu que le 1^{er} juillet. Or, si le stipulant a immédiatement un droit réel, sa sécurité sera complète malgré les aliénations consenties par le promettant.

352. Posons donc comme conclusion dernière : *la réalisation de l'éventualité dans les promesses unilatérales de vendre ou d'acheter est rétroactive.*

Droits éventuels quant à l'objet

353. Les questions les plus pratiques, que soulève l'étude des effets de la réalisation de l'éventualité, ont trait, dans ce domaine, aux hypothèques générales, à la vente successive de la chose d'autrui ou d'une chose future, à la vente des meubles dits « par anticipation ».

354. Hypothèques générales. — La question que nous allons examiner est presque définitivement résolue par la doctrine dans le sens que nous proposons, seulement, les auteurs sont assez embarrassés d'expliquer juridiquement le fondement de la solution qu'ils font prévaloir. A l'aide des principes exposés précédemment, nous croyons qu'il n'y a pas de difficultés à motiver scientifiquement la solution communément admise.

Les biens présents et à venir d'une personne se trouvent frappés d'une hypothèque générale, par exemple, d'une hypothèque judiciaire. Le créancier hypothécaire prend la seule inscription requise par la loi et s'assure, de la sorte, un droit de préférence et un droit de suite sur tous les immeubles que le débiteur peut avoir dans l'arrondissement, ainsi que sur tous les immeubles qu'il pourrait y acquérir dans l'avenir. Une acquisition est faite par le débiteur ; sans qu'une nouvelle inscription soit nécessaire, l'immeuble se trouvera frappé de l'hypothèque judiciaire. A supposer que cet immeuble soit grevé d'hypothèques du chef du précédent propriétaire, comment ces dernières seront-elles classées par rapport aux hypothèques générales qui viendront frapper l'immeuble au moment de l'acquisition ? Sans doute possible, les hypothèques, consenties par le propriétaire précédent, primeront toutes les hypothèques générales, *même antérieures en date*, grevant l'immeuble du chef de l'acquéreur de ce dernier. Suppo-

sons maintenant qu'il y a plusieurs créanciers à hypothèques générales ; comment ces dernières seront-elles classées entre elles ? Suivant l'opinion la plus générale (1), dans l'ordre de leurs inscriptions respectives.

Ainsi donc, l'hypothèque générale prendra rang avant la réalisation de son objet et néanmoins elle sera primée par les hypothèques postérieures en date que le précédent propriétaire pourrait consentir.

355. Comment expliquer ces solutions ; surtout, comment les concilier.

On s'explique aisément pourquoi les hypothèques constituées par le propriétaire précédent primeront les hypothèques générales frappant le bien du chef de l'acquéreur. Ce dernier acquiert l'immeuble dans l'état où il se trouvait dans le patrimoine du vendeur ; où, plus exactement, l'acheteur ne devient propriétaire que dans la mesure où le vendeur l'était encore. Les hypothèques générales ne frapperont donc que ce que le débiteur acquiert : la partie disponible de l'immeuble une fois ses charges réelles antérieures déduites.

Mais ce qui est plus difficile à expliquer, c'est de constater que les hypothèques générales, qui ont frappé l'immeuble, concurremment, à une seule date,

1. Aubry et Ruau, 5^e éd., t. III, p. 808. — Baudry et de Loynes *Hypothèques*, t. II, p. 512. — Colmet de Santerre, t. IX, n^o 101, bis, III. — Planiol, t. II, 3^e éd., p. 971, n^o 3100.

celle de l'acquisition, soient néanmoins réglées dans l'ordre de leurs inscriptions.

356. Pour justifier cette règle, on a eu recours à des arguments variés.

a) On a d'abord parlé de *la tradition* : c'est l'ancien droit qui indique la solution prévalant actuellement en doctrine. Mais ceci est un argument pour admettre la solution ; ce n'est nullement une justification théorique de cette dernière. Aussi, lorsqu'il s'agit d'expliquer la règle, on cite ordinairement Pothier (1), selon lequel le débiteur, en contractant avec le premier créancier sous l'hypothèque de ses biens à venir, s'est interdit de pouvoir les hypothéquer à d'autres au préjudice de ce premier créancier, et ainsi de suite. Donc le second créancier ne pourra acquérir une hypothèque que sur ce qui restera une fois la créance du premier acquittée.

L'explication de Pothier ne saurait porter. On a observé judicieusement qu'avec de pareilles solutions on arriverait à créer une véritable incapacité conventionnelle. Ainsi, si l'argumentation de Pothier était exacte, on pourrait, en empruntant sur simple signature, s'interdire de constituer plus tard une hypothèque de nature à nuire au créancier chirographaire, ou s'interdire simplement tout emprunt dans l'avenir. Bien plus : ces clauses, le débiteur pourrait les imposer à des personnes avec lesquelles il ne traitera que de longues années après !

1. Pothier, *De l'hypothèque*, n° 55.

b) Pour justifier la règle, on a fait aussi appel à la rétroactivité de la condition (1). Chaque créancier à hypothèque générale a un droit soumis à la condition que le débiteur acquière tel immeuble. Ces droits conditionnels prennent naissance à des moments différents, quoique la condition soit identique pour tous. Le jour où la condition se réalise, tous ses droits conditionnels se transforment en droits purs et simples ; et comme la condition est rétroactive, chacune de ses hypothèques actuelles sera censée avoir toujours existé à partir du moment où elle a été constituée à l'état d'hypothèque conditionnelle.

Cette explication ne saurait être acceptée pour deux raisons. D'abord, parce qu'on parle à tort d'une condition alors qu'on est en présence d'une hypothèque sur biens à venir. Ce qui manque à une telle hypothèque c'est l'un des éléments nécessaires à sa constitution, *l'objet*. L'hypothèque sur biens à venir est donc éventuelle et non pas conditionnelle. Ensuite, si l'on a recours à la rétroactivité de la condition, on ne peut plus expliquer pourquoi les hypothèques constituées du chef du précédent propriétaire priment, même si elles sont postérieures en date, les hypothèques générales. La théorie de la rétroactivité de la condition, pour être appliquée logiquement, exigerait l'inverse.

356. Nous arrivons, ces explications rejetées, à une double conclusion : a) les droits éventuels

1. Pont, *Hypothèques*, t. II, n° 732.

dont nous nous occupons — hypothèques sur biens à venir — prennent date au jour de leur inscription, si elles viennent à se transformer en droits purs et simples, ou, en d'autres termes, la réalisation de l'éventualité est rétroactive dans la matière ; b) il est difficile d'expliquer cette solution avec les principes ordinaires du droit.

Il ne nous reste plus qu'à démontrer que c'est encore grâce aux principes précédemment posés qu'on peut scientifiquement expliquer la solution traditionnelle renfermée dans l'article 2134.

357. On comprend facilement pourquoi les hypothèques constituées sur un bien *présent* doivent être payées dans l'ordre de leur inscription. Chaque créancier hypothécaire a un droit réel, comportant un droit de suite et un droit de préférence. Or, lorsqu'une personne se fait constituer un droit réel, elle entend obtenir le maximum de sécurité que le débiteur peut lui offrir. Le premier créancier hypothécaire, en se faisant consentir un droit réel, entend être préféré à tous ceux qui pourraient acquérir postérieurement des droits analogues du propriétaire ; le second créancier hypothécaire, de même, mais il sera tenu de respecter le droit de préférence du premier créancier, ce droit existant à l'égard de tous. En un mot, l'existence de droits réels successifs implique la satisfaction des créanciers dans l'ordre de leur date c'est-à-dire de leur inscription.

358. Pourquoi le même langage ne saurait-il être

tenu lorsqu'on hypothèque un bien à venir ? Pourquoi ne pourrait-on dire, ici aussi, que le premier créancier, auquel on a constitué une hypothèque sur les biens à venir, a entendu acquérir le droit d'être préféré à tous ceux qui obtiendraient postérieurement du débiteur des droits analogues sur ces biens à venir ? Parce que, songerait-on à objecter, ce créancier n'a pas encore un *droit réel* sur les biens futurs. Le droit réel c'est le droit qui porte directement sur une chose : tant que l'acquisition de l'immeuble n'est pas faite par le débiteur, aucun des créanciers ayant hypothèques sur les biens à venir ne saurait prétendre avoir un droit réel. Il ne peut être question de droits réels que le jour de l'acquisition : mais à ce moment les droits réels des créanciers hypothécaires successifs prennent naissance tous, sans distinction, en même temps.

Donc, la seule difficulté qui empêcherait d'assimiler les hypothèques sur biens à venir aux hypothèques sur biens présents quant au mode de leur classement, c'est qu'il ne saurait être question de droits réels, pour les créanciers à hypothèque générale, avant l'acquisition de l'immeuble par leur débiteur.

359. Or c'est une erreur de croire que les créanciers à hypothèque générale, ne peuvent avoir un droit réel avant l'acquisition de l'immeuble par le débiteur.

La conception classique du droit réel, comme un droit portant directement sur la chose, doit être

rejetée. M. Planiol (1) a démontré la nécessité d'assimiler le droit réel au droit personnel. Dans le droit réel, l'élément passif est toujours personnel : c'est toute la société tenue de l'obligation de ne pas troubler le titulaire de droit réel dans l'exercice de ses prérogatives. Or s'il y a identité d'essence entre le droit personnel et le droit réel, ce dernier, comme le premier, pourra porter sur une *chose* future, à l'encontre de ce qu'on soutient ordinairement.

Il peut donc y avoir des droits réels sans objet actuel, des droits réels éventuels quant à leur objet (2).

Instantanément le problème s'éclaircit. Dès qu'une

1. T. I, 3^e éd., n° 2610 et suiv. Cf. ci-dessus, n° 153.

2. Aubry et Rau, t. IV, p. 809, note 2. — Demogue, II, p. 264. Cf. ci-dessus, n° 45, note. — Aubry et Rau disent expressément que : « l'hypothèque sur biens à venir confère au créancier un droit éventuel auquel s'applique la règle *prios tempore potior jure*. » Cependant, il nous semble que c'est la même idée qu'exprime M. Planiol, dans le tome II, n° 3100 (3^e éd.), quoiqu'il n'emploie pas l'expression de droit éventuel. Après avoir posé le principe que les hypothèques sur biens à venir seront classées dans l'ordre de leur inscription, M. Planiol l'explique : « S'il est vrai de dire que leurs deux hypothèques ont frappé le nouvel immeuble au même moment, il est non moins vrai *qu'elles ne l'ont pas frappé avec la même force* ; elles ont conservé leurs rangs respectifs parce que le créancier, inscrit le second, n'a pas pu se donner sur les biens futurs du débiteur des droits préférables à ceux que d'autres avaient déjà acquis *virtuellement* sur ces mêmes biens. » Un droit de préférence acquis virtuellement sur des biens à venir, c'est bien l'idée du droit réel éventuel.

inscription hypothécaire est prise sur les biens à venir du débiteur, le créancier acquiert un droit réel, seulement ce droit réel ne peut dérouler immédiatement toutes ces conséquences : ce n'est, en effet, qu'un droit réel éventuel.

De même qu'un contrat sur chose future ne peut être actuellement exécuté, qu'il ne peut y avoir mise en demeure de livrer avant que la chose existe, le droit réel sur bien à venir ne saurait trouver immédiatement complète exécution. Le créancier d'une récolte future a cependant, dès à présent, certains droits que nous avons analysés ci-dessus ; le titulaire d'un droit réel éventuel obtiendra aussi, immédiatement, avant l'acquisition du bien à venir, certaines prérogatives, notamment un rang de préférence dans le groupe des créanciers de son débiteur.

On s'explique maintenant pourquoi les créanciers à hypothèques générales seront payés sur les biens à venir dans l'ordre de leur inscription. On s'explique, tout aussi facilement, pourquoi les hypothèques générales seront primées par les hypothèques existant du chef du précédent propriétaire. Le titulaire d'un droit réel éventuel ne saurait nuire au propriétaire actuel de la chose. Pour le moment, le titulaire du droit réel éventuel se trouve compris dans le public tenu de respecter les aliénations consenties par le propriétaire actuel. Il n'a, en effet, qu'un droit réel de force limité, qu'il peut exercer à

vaise foi revend ou constitue un droit réel à une autre personne qui est de bonne foi. Le sous-acquéreur, n'ayant pas commis de délit civil, ne saurait être inquiété par le stipulant.

La théorie du délit civil serait encore en défaut si le tiers acquéreur était insolvable. Dans ce cas ses biens seraient vendus et le prix distribué au marc le franc entre tous les créanciers. Décider que le stipulant, en qualité de créancier d'une obligation délictuelle, aurait le droit de prendre en nature l'immeuble acquis, signifierait, en ce cas, rompre l'égalité, entre les créanciers, établie par l'article 2093 : en effet, le stipulant serait entièrement rempli de ses droits, tandis que le reste des créanciers du tiers acquéreur resteraient impayés. La réparation en nature d'un délit suppose nécessairement que le débiteur a des biens suffisants pour payer tous ses créanciers sans exception.

351. Il résulte de tout ce qui précède, que la sécurité du bénéficiaire de la promesse de vente ne saurait être obtenue en droit positif, ni par la théorie de l'obligation unilatérale, ni par celle du délit civil. Le stipulant trouvera, au contraire, toute satisfaction, si l'on analyse les effets d'une promesse de vente comme nous l'avons fait précédemment pour les transferts conditionnels de propriété.

Dès qu'une promesse de vente est consentie par rapport à un bien, le droit de propriété se trouve partagé. Le vendeur reste titulaire du droit de pro-

priété pour tout le temps qui s'écoulera jusqu'à ce que la promesse puisse se transformer en vente ; pour le temps qui s'écoulera au delà du délai pour utiliser la promesse, il n'a plus qu'une propriété subordonnée à la condition du silence de son acheteur. D'autre part, le stipulant acquiert *immédiatement* un droit de propriété pour la partie du temps qui suit son adhésion à la promesse.

Ce qui est important c'est que le stipulant obtient immédiatement le droit réel, dont les effets doivent se réaliser postérieurement. Les choses se passent couramment ainsi dans le domaine des droits personnels : on passe le 1^{er} janvier le bail d'un immeuble, alors que l'entrée en jouissance ne peut avoir lieu que le 1^{er} juillet. Or, si le stipulant a immédiatement un droit réel, sa sécurité sera complète malgré les aliénations consenties par le promettant.

352. Posons donc comme conclusion dernière : *la réalisation de l'éventualité dans les promesses unilatérales de vendre ou d'acheter est rétroactive.*

Droits éventuels quant à l'objet

353. Les questions les plus pratiques, que soulève l'étude des effets de la réalisation de l'éventualité, ont trait, dans ce domaine, aux hypothèques générales, à la vente successive de la chose d'autrui ou d'une chose future, à la vente des meubles dits « par anticipation ».

354. Hypothèques générales. — La question que nous allons examiner est presque définitivement résolue par la doctrine dans le sens que nous proposons, seulement, les auteurs sont assez embarrassés d'expliquer juridiquement le fondement de la solution qu'ils font prévaloir. A l'aide des principes exposés précédemment, nous croyons qu'il n'y a pas de difficultés à motiver scientifiquement la solution communément admise.

Les biens présents et à venir d'une personne se trouvent frappés d'une hypothèque générale, par exemple, d'une hypothèque judiciaire. Le créancier hypothécaire prend la seule inscription requise par la loi et s'assure, de la sorte, un droit de préférence et un droit de suite sur tous les immeubles que le débiteur peut avoir dans l'arrondissement, ainsi que sur tous les immeubles qu'il pourrait y acquérir dans l'avenir. Une acquisition est faite par le débiteur ; sans qu'une nouvelle inscription soit nécessaire, l'immeuble se trouvera frappé de l'hypothèque judiciaire. A supposer que cet immeuble soit grevé d'hypothèques du chef du précédent propriétaire, comment ces dernières seront-elles classées par rapport aux hypothèques générales qui viendront frapper l'immeuble au moment de l'acquisition ? Sans doute possible, les hypothèques, consenties par le propriétaire précédent, primeront toutes les hypothèques générales, *même antérieures en date*, grevant l'immeuble du chef de l'acquéreur de ce dernier. Suppo-

sons maintenant qu'il y a plusieurs créanciers à hypothèques générales ; comment ces dernières seront-elles classées entre elles ? Suivant l'opinion la plus générale (1), dans l'ordre de leurs inscriptions respectives.

Ainsi donc, l'hypothèque générale prendra rang avant la réalisation de son objet et néanmoins elle sera primée par les hypothèques postérieures en date que le précédent propriétaire pourrait consentir.

355. Comment expliquer ces solutions ; surtout, comment les concilier.

On s'explique aisément pourquoi les hypothèques constituées par le propriétaire précédent primeront les hypothèques générales frappant le bien du chef de l'acquéreur. Ce dernier acquiert l'immeuble dans l'état où il se trouvait dans le patrimoine du vendeur ; où, plus exactement, l'acheteur ne devient propriétaire que dans la mesure où le vendeur l'était encore. Les hypothèques générales ne frapperont donc que ce que le débiteur acquiert : la partie disponible de l'immeuble une fois ses charges réelles antérieures déduites.

Mais ce qui est plus difficile à expliquer, c'est de constater que les hypothèques générales, qui ont frappé l'immeuble, concurremment, à une seule date,

1. Aubry et Ruau, 5^e éd., t. III, p. 808. — Baudry et de Loynes *Hypothèques*, t. II, p. 512. — Colmet de Santerre, t. IX, n^o 101, bis, III. — Planiol, t. II, 3^e éd., p. 971, n^o 3100.

celle de l'acquisition, soient néanmoins réglées dans l'ordre de leurs inscriptions.

356. Pour justifier cette règle, on a eu recours à des arguments variés.

a) On a d'abord parlé de *la tradition* : c'est l'ancien droit qui indique la solution prévalant actuellement en doctrine. Mais ceci est un argument pour admettre la solution ; ce n'est nullement une justification théorique de cette dernière. Aussi, lorsqu'il s'agit d'expliquer la règle, on cite ordinairement Pothier (1), selon lequel le débiteur, en contractant avec le premier créancier sous l'hypothèque de ses biens à venir, s'est interdit de pouvoir les hypothéquer à d'autres au préjudice de ce premier créancier, et ainsi de suite. Donc le second créancier ne pourra acquérir une hypothèque que sur ce qui restera une fois la créance du premier acquittée.

L'explication de Pothier ne saurait porter. On a observé judicieusement qu'avec de pareilles solutions on arriverait à créer une véritable incapacité conventionnelle. Ainsi, si l'argumentation de Pothier était exacte, on pourrait, en empruntant sur simple signature, s'interdire de constituer plus tard une hypothèque de nature à nuire au créancier chirographaire, ou s'interdire simplement tout emprunt dans l'avenir. Bien plus : ces clauses, le débiteur pourrait les imposer à des personnes avec lesquelles il ne traitera que de longues années après !

1. Pothier, *De l'hypothèque*, n° 55.

b) Pour justifier la règle, on a fait aussi appel à la rétroactivité de la condition (1). Chaque créancier à hypothèque générale a un droit soumis à la condition que le débiteur acquière tel immeuble. Ces droits conditionnels prennent naissance à des moments différents, quoique la condition soit identique pour tous. Le jour où la condition se réalise, tous ses droits conditionnels se transforment en droits purs et simples ; et comme la condition est rétroactive, chacune de ses hypothèques actuelles sera censée avoir toujours existé à partir du moment où elle a été constituée à l'état d'hypothèque conditionnelle.

Cette explication ne saurait être acceptée pour deux raisons. D'abord, parce qu'on parle à tort d'une condition alors qu'on est en présence d'une hypothèque sur biens à venir. Ce qui manque à une telle hypothèque c'est l'un des éléments nécessaires à sa constitution, *l'objet*. L'hypothèque sur biens à venir est donc éventuelle et non pas conditionnelle. Ensuite, si l'on a recours à la rétroactivité de la condition, on ne peut plus expliquer pourquoi les hypothèques constituées du chef du précédent propriétaire priment, même si elles sont postérieures en date, les hypothèques générales. La théorie de la rétroactivité de la condition, pour être appliquée logiquement, exigerait l'inverse.

356. Nous arrivons, ces explications rejetées, à une double conclusion : a) les droits éventuels

1. Pont, *Hypothèques*, t. II, n° 732.

dont nous nous occupons — hypothèques sur biens à venir — prennent date au jour de leur inscription, si elles viennent à se transformer en droits purs et simples, ou, en d'autres termes, la réalisation de l'éventualité est rétroactive dans la matière ; b) il est difficile d'expliquer cette solution avec les principes ordinaires du droit.

Il ne nous reste plus qu'à démontrer que c'est encore grâce aux principes précédemment posés qu'on peut scientifiquement expliquer la solution traditionnelle renfermée dans l'article 2134.

357. On comprend facilement pourquoi les hypothèques constituées sur un bien *présent* doivent être payées dans l'ordre de leur inscription. Chaque créancier hypothécaire a un droit réel, comportant un droit de suite et un droit de préférence. Or, lorsqu'une personne se fait constituer un droit réel, elle entend obtenir le maximum de sécurité que le débiteur peut lui offrir. Le premier créancier hypothécaire, en se faisant consentir un droit réel, entend être préféré à tous ceux qui pourraient acquérir postérieurement des droits analogues du propriétaire ; le second créancier hypothécaire, de même, mais il sera tenu de respecter le droit de préférence du premier créancier, ce droit existant à l'égard de tous. En un mot, l'existence de droits réels successifs implique la satisfaction des créanciers dans l'ordre de leur date c'est-à-dire de leur inscription.

358. Pourquoi le même langage ne saurait-il être

tenu lorsqu'on hypothèque un bien à venir ? Pourquoi ne pourrait-on dire, ici aussi, que le premier créancier, auquel on a constitué une hypothèque sur les biens à venir, a entendu acquérir le droit d'être préféré à tous ceux qui obtiendraient postérieurement du débiteur des droits analogues sur ces biens à venir ? Parce que, songerait-on à objecter, ce créancier n'a pas encore un *droit réel* sur les biens futurs. Le droit réel c'est le droit qui porte directement sur une chose : tant que l'acquisition de l'immeuble n'est pas faite par le débiteur, aucun des créanciers ayant hypothèques sur les biens à venir ne saurait prétendre avoir un droit réel. Il ne peut être question de droits réels que le jour de l'acquisition : mais à ce moment les droits réels des créanciers hypothécaires successifs prennent naissance tous, sans distinction, en même temps.

Donc, la seule difficulté qui empêcherait d'assimiler les hypothèques sur biens à venir aux hypothèques sur biens présents quant au mode de leur classement, c'est qu'il ne saurait être question de droits réels, pour les créanciers à hypothèque générale, avant l'acquisition de l'immeuble par leur débiteur.

359. Or c'est une erreur de croire que les créanciers à hypothèque générale, ne peuvent avoir un droit réel avant l'acquisition de l'immeuble par le débiteur.

La conception classique du droit réel, comme un droit portant directement sur la chose, doit être

rejetée. M. Planiol (1) a démontré la nécessité d'assimiler le droit réel au droit personnel. Dans le droit réel, l'élément passif est toujours personnel : c'est toute la société tenue de l'obligation de ne pas troubler le titulaire de droit réel dans l'exercice de ses prérogatives. Or s'il y a identité d'essence entre le droit personnel et le droit réel, ce dernier, comme le premier, pourra porter sur une *chose* future, à l'encontre de ce qu'on soutient ordinairement.

Il peut donc y avoir des droits réels sans objet actuel, des droits réels éventuels quant à leur objet (2).

Instantanément le problème s'éclaircit. Dès qu'une

1. T. I, 3^e éd., n° 2610 et suiv. Cf. ci-dessus, n° 153.

2. Aubry et Rau, t. IV, p. 809, note 2. — Demogue, II, p. 264. Cf. ci-dessus, n° 45, note. — Aubry et Rau disent expressément que : « l'hypothèque sur biens à venir confère au créancier un droit éventuel auquel s'applique la règle *prios tempore potior jure*. » Cependant, il nous semble que c'est la même idée qu'exprime M. Planiol, dans le tome II, n° 3100 (3^e éd.), quoiqu'il n'emploie pas l'expression de droit éventuel. Après avoir posé le principe que les hypothèques sur biens à venir seront classées dans l'ordre de leur inscription, M. Planiol l'explique : « S'il est vrai de dire que leurs deux hypothèques ont frappé le nouvel immeuble au même moment, il est non moins vrai *qu'elles ne l'ont pas frappé avec la même force* ; elles ont conservé leurs rangs respectifs parce que le créancier, inscrit le second, n'a pas pu se donner sur les biens futurs du débiteur des droits préférables à ceux que d'autres avaient déjà acquis *virtuellement* sur ces mêmes biens. » Un droit de préférence acquis virtuellement sur des biens à venir, c'est bien l'idée du droit réel éventuel.

inscription hypothécaire est prise sur les biens à venir du débiteur, le créancier acquiert un droit réel, seulement ce droit réel ne peut dérouler immédiatement toutes ces conséquences : ce n'est, en effet, qu'un droit réel éventuel.

De même qu'un contrat sur chose future ne peut être actuellement exécuté, qu'il ne peut y avoir mise en demeure de livrer avant que la chose existe, le droit réel sur bien à venir ne saurait trouver immédiatement complète exécution. Le créancier d'une récolte future a cependant, dès à présent, certains droits que nous avons analysés ci-dessus ; le titulaire d'un droit réel éventuel obtiendra aussi, immédiatement, avant l'acquisition du bien à venir, certaines prérogatives, notamment un rang de préférence dans le groupe des créanciers de son débiteur.

On s'explique maintenant pourquoi les créanciers à hypothèques générales seront payés sur les biens à venir dans l'ordre de leur inscription. On s'explique, tout aussi facilement, pourquoi les hypothèques générales seront primées par les hypothèques existant du chef du précédent propriétaire. Le titulaire d'un droit réel éventuel ne saurait nuire au propriétaire actuel de la chose. Pour le moment, le titulaire du droit réel éventuel se trouve compris dans le public tenu de respecter les aliénations consenties par le propriétaire actuel. Il n'a, en effet, qu'un droit réel de force limité, qu'il peut exercer à

défaut du propriétaire actuel, mais non pas contre lui.

360. Vente successive d'une chose future ou de la chose d'autrui. — Une personne vend successivement à deux acheteurs une chose future, par exemple du tissu à fabriquer ; le jour où cette vente pourra être exécutée, lequel des deux acheteurs préférera-t-on ? Quoiqu'il s'agisse de meubles, remarquons que l'article 1141 ne saurait être appliqué : par hypothèse, aucun des acheteurs n'a été mis en possession de la chose. Avec l'idée de droit réel éventuel, le problème se résout aisément : c'est l'acquéreur le plus ancien qui l'emportera, parce que, ayant le premier obtenu un droit réel sur la chose future, il doit être préféré à tous ceux qui ont obtenu postérieurement des droits analogues au sien.

361. Une personne vend à une autre l'immeuble de son voisin, en lui révélant qu'elle n'en est pas propriétaire mais qu'elle compte le devenir. Dans ces conditions, la vente de la chose d'autrui est valable. Supposons maintenant que cette personne passe une telle vente avec deux acquéreurs successifs. Lequel devra-t-on préférer ? Si l'on considère que le droit réel ne saurait exister sans un objet actuel, on devra décider, ainsi qu'on l'a observé, soit que les deux acquéreurs seront en indivision le jour où le vendeur acquiert l'immeuble d'autrui, soit qu'ils ne sont pas devenus propriétaires du tout. Avec l'idée de droit réel éventuel, on devra, au contraire, préférer le

sous-acquéreur le plus ancien ; ce dernier a en effet obtenu le droit d'être préféré à tous les sous-acquéreurs postérieurs.

Enfin, si l'on permet au premier des sous-acquéreurs successifs de l'immeuble d'autrui d'être préféré à tous les autres sous-acquéreurs, d'autant plus doit-on admettre qu'une personne, comptant acheter un fonds, pourra par avance constituer sur lui des servitudes ou autres charges réelles opposables aux acquéreurs postérieurs du fond.

362. Vente de meubles par anticipation.

— On sait ce que la doctrine désigne par ce nom : ce sont des choses incorporées au sol et, en conséquence immobilières par leur nature, mais qui sont destinées à être prochainement détachées et rendues mobilières, par exemple une récolte sur pieds, des arbres destinés à être coupés. Parmi les intéressantes questions qu'ont fait naître les meubles par anticipation, il y en a deux des plus importantes où l'on a fait intervenir, avec plein succès selon nous, la théorie des droits éventuels. Examinons-les successivement.

363. Le propriétaire d'une forêt vend successivement à deux acheteurs les arbres sur pied ; chaque acquéreur achète donc, en réalité, les arbres coupés, c'est-à-dire des meubles. Aucun de ces acquéreurs n'est mis en possession des arbres ; lequel des deux doit-on préférer ? Tout le monde est d'ac-

cord sur la solution : c'est le premier acquéreur en date qui l'emportera. Seulement, l'on justifie généralement cette solution d'une manière qui nous paraît très peu satisfaisante.

On dit : le cat rat de vente ne confère pas aux acheteurs de simples droits personnels, *mais un droit réel portant sur des objets considérés par anticipation comme des meubles.*

On comprend aisément comment cette doctrine a pris naissance. Il était de toute justice de protéger le premier acquéreur en date. Mais pour cela il fallait lui reconnaître un droit réel sur les meubles achetés, qui, tant que les arbres restaient sur pied n'existaient pas. Or, comme on considère d'habitude que le droit réel doit avoir un objet actuel, on est arrivé à dire que cet objet existait ici même avant que les arbres fussent coupés, du moment que les arbres destinés à être coupés sont traités par anticipation comme meubles.

L'explication est bien alambiquée : tant que les arbres restent sur pieds ils sont immeubles par nature. La loi peut les traiter à certains égards comme meubles, par exemple : au point de vue de la compétence du tribunal, des droits de mutation, de la compétence des officiers publics pour tout ce qui concerne la vente de ces arbres ; mais cela nous autorise-t-il à déclarer que la volonté de l'homme est souveraine à donner le caractère mobilier où immobilier à un bien ? La distinction des biens en

meubles et immeubles n'est-elle pas faite selon un critérium essentiellement objectif? Et si cela est, comment dire que l'acheteur d'une coupe de bois a momentanément un autre droit que celui sur des meubles futurs : *les arbres à couper*. En effet, il ne faut pas oublier que la notion de chose future est bien large (1), qu'il y a chose future toutes les fois qu'on envisage un objet, non pas en lui-même, mais en ce qu'il peut être matériellement transformé. Ainsi, vend une chose future le charpentier qui aliène les pièces à tirer des arbres qu'il achète, vend une chose future l'aliénateur d'arbres sur pieds destinés à être coupés.

Or, du moment qu'il est constant que les acquéreurs d'une coupe de bois achètent des choses futures, et qu'il peut y avoir des droits réels sur chose future, n'est-il pas plus exact de dire que le premier acquéreur en date sera préféré parce qu'il a obtenu un droit réel éventuel qui lui permet d'être préféré à tous les acquéreurs successifs? De la sorte, on arrive à la protection voulue du premier acquéreur, sans pour cela forcer le sens des choses.

Ainsi donc, l'acquéreur d'une coupe de bois a un droit éventuel quant à l'objet, dont la transformation en droit pur et simple est rétroactive.

364. Le propriétaire d'une forêt, après avoir vendu à une personne des arbres sur pied, vend

1. Ci-dessus nos 45 et suiv.

ensuite à une autre la forêt elle-même, arbres et terrain. Lequel des acheteurs l'emportera?

La Cour de Dijon a eu à se prononcer une fois sur cette question (1). Et ce qui est important à remarquer, c'est que la discussion n'a pas eu à porter sur l'application de l'article 2279 dans la matière : chacun des deux plaideurs, l'acquéreur des arbres comme l'acquéreur de la forêt, demandait précisément à être mis en possession des arbres et de la forêt. La question s'est donc présentée, en fait, avec toute la simplicité d'une hypothèse théorique.

La Cour de Dijon a donné gain de cause à l'acquéreur de la forêt, en appréciant que l'acheteur des arbres n'avait qu'un droit personnel, tandis que son adversaire avait un droit réel portant sur le tout. La doctrine (2), au contraire, a critiqué la solution donnée par la Cour de Dijon, en soutenant que l'acheteur des arbres, étant devenu propriétaire des arbres considérés comme meubles, c'est-à-dire les ayant acquis sous la condition que la coupe soit faite, devait être préféré à l'acquéreur de la forêt. Enfin, M. Demogue (3) en discutant la question, se prononce pour la solution adoptée par la Cour de Dijon en faisant intervenir, pour la justifier, la théorie des droits éventuels. C'est cette dernière manière de voir

1. Arrêt du 28 mars 1876. S. 77. 2. 193.

2. Lyon-Caen, note sous l'arrêt précité. — Chauveau. *Des meubles par anticipation*. (*Revue Critique*, 1893, p. 573.)

3. Demogue, *op. cit.*, II, p. 268.

qui nous semble concilier le mieux les principes avec l'intérêt pratique.

365. Nulle doute qu'en législation ce soit l'acquéreur de la forêt qui doit être préféré : ceux qui se prononcent aujourd'hui pour l'acquéreur des arbres le reconnaissent volontiers aussi. En effet, il est injuste que l'acquéreur de l'immeuble soit évincé par un acheteur d'arbres plus ancien que lui, acheteur qu'il ne connaissait légalement pas, ce dernier n'ayant pas à transcrire comme acquéreur de meubles. D'autre part, l'acheteur des arbres sera toujours renseigné, par la transcription, de l'existence de celui qui achète la forêt entière ; aussi peut-il convenir avec son vendeur de ne payer le prix qu'à mesure de l'abattage des arbres. De la sorte, le jour où l'acheteur des arbres est menacé d'être évincé à la suite de la vente de l'immeuble entier consenti par le propriétaire, il n'a rien à perdre n'ayant payé que le prix des arbres coupés.

366. Ce n'est pas seulement l'intérêt des parties qui justifie la préférence donnée à l'acquéreur de la forêt. Ce sont encore les principes qui commandent cette solution.

Certainement, l'acheteur des arbres a plus qu'un droit personnel : en cela nous approuvons les critiques adressées par les auteurs à l'arrêt précité de Dijon. Mais on ne peut dire que l'acheteur des arbres est devenu propriétaire des arbres considérés comme meubles de manière conditionnelle.

C'est là encore la démonstration que nous venons de repousser (1).

L'acquéreur des arbres se prétend propriétaire suivant les règles applicables aux meubles. Or ces règles ne peuvent s'appliquer qu'à condition que les arbres deviennent meubles. On invoque *dès maintenant* un mode d'acquisition qui n'est valable qu'à condition que la chose subisse une transformation qui n'est pas faite. L'argumentation qu'on fait généralement en faveur de l'acheteur des arbres est donc inexacte.

C'est d'un autre point de vue qu'il faut partir. La vente d'une coupe de bois constitue une vente de choses futures, avons-nous dit. L'acheteur des arbres n'a donc qu'un droit réel *éventuel*. Ce droit réel lui permet d'être préféré à tous ceux qui auront acquis postérieurement des droits analogues au sien. Ce droit éventuel ne saurait être suffisant pour primer l'acquéreur de la forêt, qui a obtenu sur toutes les parcelles de la chose un droit de propriété actuel. Le jour où les arbres seront coupés, l'acheteur d'arbres n'aura pas plus de droits : en effet, les arbres une fois meubles deviendront instantanément, par application de l'article 2279, la propriété de l'acheteur de la forêt qui les a acquis de bonne foi. A plus forte raison, l'acheteur des arbres ne saurait avoir gain de

1. Ci-dessus n° 363.

cause contre un sous-acquéreur qui tient ses droits de l'acheteur de la forêt.

367. Posons donc cette conclusion : l'acquéreur d'une coupe de bois a un droit éventuel quant à l'objet qui prend immédiatement date, par rapport aux autres acquéreurs de la coupe, mais qui ne saurait être invoqué contre le titulaire d'un droit de propriété actuel.

Droits éventuels quant à la capacité

368. Nous avons démontré la possibilité, pour un incapable, de consentir un acte juridique avant d'avoir obtenu l'habilitation légale. Cette dernière donnée, à partir de quel moment l'acte juridique produira-t-il ses effets ? A partir du moment où l'incapable a traité avec le tiers ou à partir du moment où l'habilitation légale a été obtenue ?

L'intérêt de la question est grand : suivant que l'on attribue comme point de départ aux effets du contrat l'un de ces deux moments, on infirmera ou on validera certains actes, passés dans cet intervalle, sur la chose aliénée. Un exemple éclaircira mieux cette allégation. Une femme dotale aliène un immeuble dotal le 1^{er} janvier. Entre temps, le 15 février, le mari a loué l'immeuble aliéné le 1^{er} janvier pour une durée de dix ans. Si le tribunal refuse son autorisation, le bail sera indiscutablement valable. Mais si le tribunal approuve l'aliénation de la

femme ? Si l'aliénation prend date le 1^{er} janvier, le bail consenti par le mari sera inopposable à l'acquéreur, comme émanant *a non domino* ; si l'aliénation ne produit ses effets qu'à partir du 1^{er} avril, l'acquéreur devra respecter le bail (1).

369. Comment résoudre la question ? Pourrait-on considérer les formalités habilitantes comme un fait externe au contrat, comme une condition, et, conséquemment, pourrait-on faire appel à l'article 1179 dans la matière ? Il est vrai que nous avons considéré l'incapacité comme n'excluant pas le consentement : l'incapable peut donner un consentement parfait en lui-même, seulement la loi, craignant que *d'une façon générale* il serait nuisible à l'incapable de pouvoir consentir tous les actes de la vie juridi-

1. Cf. Demogue, *op. cit.*, II, p. 271. — Nous croyons devoir raisonner sur un exemple tiré du régime dotal, car c'est ici surtout que le problème se pose avec toute la netteté voulue : le bail émane d'une personne autre que l'aliénateur. Si nous avons supposé, au contraire, que c'est un tuteur qui passe un bail sur un immeuble du pupille, après l'avoir aliéné de sa propre autorité, et avant d'avoir rempli les formalités habilitantes, la question se serait compliquée de l'idée de dol commis par le tuteur. Il est vrai qu'on pourrait créer même dans le domaine de la tutelle une hypothèse où l'aliénation et le bail émanent de deux personnes différentes : le mineur aliène seul un de ses immeubles et, dans l'intervalle qui sépare cette aliénation de l'habilitation légale, le tuteur passe un bail par rapport à ce même immeuble. Seulement, il faut reconnaître que cet exemple est moins pratique que celui du régime dotal.

que, a trouvé bon de charger des organes constitués de passer ces actes pour lui. Néanmoins il ne faut pas perdre de vue que l'article 1108 a formellement érigé la capacité en condition essentielle à la validité des conventions. Et l'on ne peut dire que l'article 1108 parle des conditions nécessaires à la validité des contrats, par opposition aux conditions nécessaires à l'existence des contrats : en raisonnant ainsi, on arriverait à dire que *c'est par autorité légale* que la capacité doit être séparée du consentement et de l'objet, pour qu'on en fasse, à la différence des autres éléments, une condition à effet rétroactif ! Or, il est certain que le législateur n'a jamais pensé à cela : l'article 1108 ainsi que tous les autres articles ayant trait aux droits éventuels n'ont pas formé un système aux yeux des jurisconsultes du Consulat. Notre question est donc restée inaperçue par le Code. D'ailleurs, pour être justifié de tenter des raisonnements aussi subtils, au moins faut-il avoir avec soi l'intérêt pratique. Or, ainsi que nous allons le démontrer, la rétroactivité de l'éventualité dans cette matière serait nuisible à certaines personnes, sans pour cela beaucoup profiter à d'autres.

370. Pourquoi décider que le contrat produise ses effets avant que l'habilitation légale soit obtenue ? Pour ne pas exposer le tiers acquéreur à respecter un bail qu'il ne pouvait légitimement prévoir, pour ne pas lui imposer l'achat d'un immeuble dans des conditions autres que celles auxquelles il devait

s'attendre. Mais l'acquéreur a d'autres moyens pour arriver à cette fin : la rétroactivité ne lui est pas nécessaire.

Si le locataire est de mauvaise foi, le tiers acquéreur pourra faire tomber le bail par l'action paulienne. Et l'on ne peut dire que l'action paulienne est ici impossible parce que la créance du tiers acquéreur est postérieure à l'acte frauduleux : il est de principe constant qu'un créancier puisse attaquer un acte frauduleux antérieur à sa créance, s'il prouve que cet acte a été concerté contre lui,

Si le locataire est de bonne foi, l'action paulienne, évidemment ne pourra plus être exercée contre lui. Mais le tiers acquéreur pourra agir en nullité de la vente pour dol : il y a eu manœuvre frauduleuse contre lui, car on l'a invité d'acheter comme libre une terre qui était louée pour plusieurs années.

371. Le tiers acquéreur trouvera donc toujours des garanties suffisantes dans le droit commun : il est de nulle nécessité pour lui qu'on déclare l'éventualité rétroactive en matière de droits éventuels quant à la capacité. Mais ce qui nous déterminera encore plus à adopter cette solution, c'est la situation pleine d'intérêt qu'offre le locataire. Ce dernier serait injustement exposé dans le système de la rétroactivité. Comme il n'a pas de droit réel, il ne peut se prévaloir du défaut de transcription de la

vente. La seule chose permise au locataire serait d'intervenir dans la demande en autorisation d'aliéner, si toutefois il en a connaissance, ce qui ne sera pas toujours le cas.

Droits éventuels quant à la réalisation d'un élément essentiel spécial à leur nature.

372. Il y a certains droits qui, pour se parfaire, exigent la réalisation de quelques éléments spéciaux, en dehors de ceux qui sont nécessaires à tout acte juridique. Prenons, par exemple, les droits de succession *ab intestat* ou testamentaire. Du vivant du *de cuius*, les héritiers réservataires ont, ainsi que nous l'avons expliqué, un droit éventuel, quoique d'importance pratique minime, à la succession de celui-ci. Au contraire, les héritiers non réservataires et les légataires n'ont qu'une simple expectative pendant cet intervalle. Une fois la succession ouverte et jusqu'à son acceptation ou à sa renonciation, tout héritier, quel qu'il fût, a un droit éventuel. La succession acceptée, ces différents droits éventuels se transforment en droits purs et simples. A partir de quel moment ces droits purs et simples produiront-ils leurs effets ?

373. L'article 777 du Code civil répond à cette question : l'acceptation rétroagit au jour de l'ouverture de la succession. Voilà donc un domaine où l'éventualité n'est rétroactive qu'à demi ; la loi n'a pas

voulu faire remonter les effets des droits des héritiers ou légataires jusqu'au jour de la naissance des premiers, ou de la confection du testament pour les seconds. C'eût été, en effet, anéantir toute propriété dans la personne du *de cuius* ou du testateur dès avant leur décès. Mais en échange, la rétroactivité, établie par la loi pour l'intervalle qui sépare l'ouverture de la succession et son acceptation, doit être considérée comme absolue et appliquée même aux actes d'administration, toutes les fois qu'on ne contredit pas les dispositions de la loi sur les successions vacantes, sur les ventes sans attribution de qualité ou sur les actes conservatoires.

*Droits éventuels quant à la nécessité de l'existence
d'un contrat principal*

374. Nous avons déjà montré comment une chose future pouvait être, non pas seulement l'objet d'une obligation, mais encore la condition de validité d'une convention accessoire par rapport à laquelle elle joue le rôle de principal (1). Ainsi un cautionnement, un gage, une hypothèque a été consentie en vue de garantir une dette future ; ou bien un contrat de mariage a été passé en vue d'un mariage : dans ces hypothèses, nous trouvons des droits qui, pour se parfaire, attendent la naissance d'une dette ou

1. Ci-dessus, n° 59 et suiv.

d'un mariage. A partir de quel moment produiront-ils leurs effets ? A partir du moment où l'hypothèque, le gage, le cautionnement ou le contrat de mariage ont été consentis, ou seulement à partir du moment où la dette à garantir ou le mariage ont pris naissance ? La question a été discutée par les auteurs à propos de chacun de ces contrats à part, et quoique on ait toujours invoqué, dans la discussion, des raisons d'ordre général tirées des grands principes du droit, on n'a pas donné une solution unique au problème : on a distingué pour répondre suivant chaque cas qui se présentait. Analysons avant tout les règles qui ont été établies et les motifs donnés pour les justifier. Nous chercherons ensuite si l'on ne peut parvenir à expliquer, à coordonner, les solutions communément admises par un raisonnement unique. Commençons donc par distinguer, avec les auteurs, entre le contrat de mariage et les autres contrats accessoires, hypothèque, gage, cautionnement.

375. Le contrat de mariage. — Il est certain que tant que le mariage n'a pas été célébré, le contrat de mariage ne peut produire ses effets : jusque-là il n'a ni objet, ni utilité. Mais, une fois le mariage célébré, ne peut-on pas dire que le contrat de mariage produira rétroactivement ses effets à partir du jour où il a été passé ?

C'est ce qu'a fait la jurisprudence. Elle a considéré le contrat de mariage comme soumis à la condition

si nuptiæ sequantur, partant, elle a attribué à cette dernière l'effet rétroactif de l'article 1179 (1). Au contraire, la doctrine a fort bien démontré qu'il ne peut être ici question de condition. La condition est, par définition, un fait externe au contrat. Or, le mariage est un élément nécessaire à l'existence du contrat de mariage. Bien plus, ce dernier est rédigé par anticipation en vue de régler un état nouveau qui s'établira un jour donné : or la rétroactivité serait ici un contre-sens, car elle conduirait à dire qu'il y a eu déjà régime matrimonial à une époque où il n'y avait ni mariage, ni mari, ni femme (2).

376. Seulement, il ne faudrait pas croire que l'on a tiré de chacune de ces deux thèses toutes les conclusions logiques qu'elles comportent.

Ainsi, en partant de la formule de la Cour de cassation, « lorsque la célébration du mariage a eu lieu, l'accomplissement de la condition a, aux termes de l'article 1179, un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté », on pourrait penser que tous les effets du contrat de mariage se produisent à la date de ce dernier. Il n'en est pourtant pas ainsi,

1. Cass., 7 février 1872. D. 73. I. 80. — Cass., 18 décembre 1878. D. 79. I. 44.

2. Cf. Planiol, t. III, 2^e éd., n^o 832. — Aubry et Rau, t. IV, 5^e éd., p. 50. — Guillouard, t. I, n^{os} 276 et 330. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. *Contrat de mariage*, t. I, n^{os} 193 et suiv. — Gabriel Fimbal. *Point de départ des effets du régime matrimonial* (Thèse de Toulouse, 1901), p. 50 et suiv.

et avec raison. Le droit d'administration du mari, son droit de jouissance sur les biens de la femme, ne prendront naissance qu'avec la vie commune. Ce serait en effet une chose inconcevable que de permettre au mari de contester la validité d'un acte d'administration passé par la femme sur ses biens avant le jour du mariage, ou de permettre au mari de demander immédiatement, longtemps avant le mariage, l'exécution du contrat de mariage. Ainsi encore l'inaliénabilité dotale ne commence, selon la jurisprudence, qu'à partir du jour où le mariage a été célébré (2). De même l'hypothèque légale de la femme mariée ne prend rang, d'après la jurisprudence, que le jour de la célébration du mariage (3).

1. Rouen, 10 janv. 1867. Dalloz. *Suppl.*, t. IV, p. 237, note 1; S. 67. 2. 109. — Caen, 9 juill. 1889. D. 90. 2. 137. — Au contraire, la doctrine juge trop dangereux pour la femme le pouvoir de contracter des obligations exécutoires sur les biens dotaux dans l'intervalle qui sépare le contrat de mariage du mariage et soutient que l'inaliénabilité doit commencer dès le jour du contrat de mariage. V. les citations dans Dalloz, *Répert.*, V. Contrat de mariage, n° 3668; *Suppl.*, *eod.*, V. 1320. — Voilà donc un point sur lequel la jurisprudence est conséquente avec le principe posé par la doctrine et cette dernière avec le principe posé par les arrêts.

2. Cass., 22 janv. 1878. D. 78. 1. 154. S. 78. 1. 306. — Et l'on ne peut dire qu'en établissant cette règle, la jurisprudence n'a fait qu'appliquer la loi. Les textes du Code sont contradictoires à ce sujet : l'article 2135 parle de la date du mariage, les articles 2194 et 2195 de la date du contrat de mariage. Cela étant, la jurisprudence était libre d'appliquer avec toute la rigueur l'idée de rétroactivité du contrat de ma-

377. De même la thèse soutenue par la doctrine, notamment que le contrat de mariage doit produire ses effets à partir du mariage seulement, n'est pas sans d'importantes exceptions. Disons seulement comment nous arrivons à établir ces exceptions. Il y a un certain nombre d'arrêts qui partent du principe que l'article 1179 est applicable au contrat de mariage pour justifier des solutions spéciales d'une incontestable utilité pratique. Que font les auteurs ? Quelques-uns se bornent à critiquer fortement ces arrêts à cause de leurs motifs, qui semblent contraires aux principes du droit ; d'autres, en observant avec raison que les arrêts n'ont pas la portée générale qu'on leur donne, approuvent simplement la solution donnée. Or, adopter certaines solutions jurisprudentielles,

riage qu'elle développe si complaisamment. Seulement, les tribunaux ont vu de suite le danger qu'il y avait de faire remonter l'effet de l'hypothèque légale au jour du contrat de mariage ; les tiers n'ont connaissance de l'hypothèque légale que par le contrat de mariage, qui seul a une certaine publicité. Il était dangereux et injuste pour eux qu'on leur opposât une sûreté consentie par un acte secret, comme l'est le contrat de mariage.

Si tel est le motif de la solution jurisprudentielle, observons qu'on devra permettre aux époux de constituer par contrat de mariage une hypothèque conventionnelle sur les biens du mari comme garantie de la restitution de la dote : cette hypothèque prendra rang avant le mariage, si elle a été régulièrement inscrite. (V. Cass., 26 févr. 1829. Dalloz. V. *Privileges et hypothèques*, n° 925.) Et peut-être devrait-on décider que l'hypothèque légale prendra elle-même naissance avant le contrat de mariage si elle a fait l'objet d'une inscription régulière.

alors qu'on soutient que le contrat de mariage ne doit produire ses effets qu'à partir du mariage, c'est faire fléchir la règle devant l'intérêt pratique, c'est y apporter des exceptions nécessaires. Quelles sont ces exceptions ?

a) Dans les donations faites aux futurs époux par les tiers, le transfert de propriété est réputé s'accomplir à la date du contrat de mariage et non pas seulement au jour du mariage. Conséquemment, sera déclarée non avenue la vente consentie par le donateur, entre la date du contrat de mariage et celle du mariage, d'un bien donné à des époux dans le contrat de mariage (1). Pour la même raison, on devra refuser au créancier, dont le droit est né entre le contrat de mariage et le mariage, l'action paulienne contre une donation contenue dans le contrat de mariage.

b) La subrogation réelle fonctionnera dès le jour du contrat de mariage, donc, la dot existe avec son caractère propre dès ce moment. Par conséquent, si un des époux aliène, entre la signature du contrat de mariage et le mariage, un immeuble qui devait rester propre, la créance acquise en échange sera propre : en effet, de même que l'article 1404 empêche qu'un époux puisse se livrer à un acte qui trompera les prévisions de son conjoint, il ne faut davantage accepter qu'un époux, ayant passé un acte qu'il con-

1. V. Cass., 26 janv. 1847. D. 47. 1. 63. S. 47. 1. 147.
Cette solution est généralement admise par les auteurs.

sidère profitable, se trouve s'être fait tort à lui-même. De même, seront dotaux les biens acquis entre le contrat de mariage et le mariage en échange de biens déclarés dotaux par les conventions matrimoniales (1). Ainsi encore, sera nulle la vente consentie par la femme d'un bien qu'elle s'est constitué en dot, lorsque l'acte a lieu entre le contrat de mariage et la célébration du mariage (2).

c) L'hypothèque consentie par le mari, en vertu d'un mandat contenu dans le contrat de mariage et entre le moment où ce dernier a été rédigé et celui où le mariage sera célébré, se trouve rétroactivement validée une fois le mariage célébré (3).

378. Autres contrats accessoires. — Nous avons trouvé la doctrine soutenant que le contrat de mariage ne peut être censé fait sous la condition *de nuptiæ sequantur*, et que ce dernier ne doit produire ses effets qu'à partir du jour de la célébration du mariage. Passons aux autres contrats accessoires :

1. Cass., 18 déc. 1878. D. 79. 1. 441. La solution de cet arrêt est approuvée par M. Planiol (t. III, 2^e éd., n° 833). Voir la critique du principe sur lequel la Cour de cassation fait reposer cette solution, dans une note de M. Lacointa dans le *Sirey*, 81. 1. 353.

2. Arrêt de Nîmes du 26 mars 1889, dans *Le Droit*, 16 septembre.

3. Toulouse, 8 mai 1883, rapporté par M. Vidal dans *Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*, 1885. p. 132-134.

une hypothèque, un cautionnement, un gage destiné à garantir une obligation future. Ce sera un emprunteur qui constitue une hypothèque pour garantir son obligation dans une ouverture de crédit ; ou bien, une personne qui cautionne d'avance les dettes que son fils ou ami contractera chez une autre personne. En appliquant à ces hypothèses le raisonnement que la doctrine fait à propos du contrat de mariage, on devrait dire : l'hypothèque, le cautionnement, le gage pour dettes futures ne produiront leurs effets qu'à partir du jour où la dette s'est réalisée. La dette est un élément nécessaire à l'existence de l'hypothèque, du gage, du cautionnement, qui sont des droits accessoires. On ne se trouve donc pas ici, pas plus que lorsqu'il s'agit d'un contrat de mariage, en face d'une condition à effet rétroactif.

379. Cependant, les auteurs sont loin d'approuver cette manière de raisonner. Ainsi, la majorité de la doctrine (1) décide qu'en cas d'ouverture de crédit, l'hypothèque prend rang du jour de son inscription, et non pas seulement du jour des avances faites au crédit. Comment justifier cette solution ? Surtout, comment la concilier avec les principes posés à propos du contrat de mariage ?

On a d'abord invoqué l'intérêt pratique : si le cré-

1. Aubry et Rau, t. III, p. 479. — Baudry et de Loynes, *Hypothèques*, t. II, n° 1286. — Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 729. — Demolombe, t. XXV, n° 392. — Guillouard, *Hypothèques*, t. II, nos 1032 et suiv.

dité peut, jusqu'au moment où naît la dette, consentir des hypothèques préférables à celle du créancier, que deviendra la garantie de ce dernier? Le créancier serait à la merci du crédit! L'argument est exact, seulement il ne constitue pas une justification *théorique* de la règle.

On a encore parlé de l'intention des parties. Seulement cette dernière ne joue un rôle que là où il s'agit de déterminer l'étendue d'un contrat; or ici il s'agit de savoir si l'on doit appliquer, dans l'espèce, un principe certain : à savoir que le contrat ne peut produire ses effets qu'après que ses éléments existent.

On a enfin voulu tirer argument, pour justifier la solution doctrinale, de ce qui se passe dans des matières voisines. Ainsi, on a fait observer que l'hypothèque du mineur sur les biens de son tuteur, laquelle garantit des dettes qui peuvent ne jamais exister, prend rang à l'ouverture de la tutelle. Ainsi encore, on a cité la loi du 10 juin 1853 (art. 4) sur le crédit foncier, suivant laquelle l'hypothèque consentie au profit d'une société de crédit prend rang du jour de l'inscription, quoique les valeurs soient remises postérieurement. Seulement ce qui importe, et ce que ces textes ne nous disent pas, c'est de savoir s'ils constituent le droit commun, ou s'il ne s'agit là que de simples exceptions.

380. Constatation. — De ce qui précède, il résulte deux choses certaines : 1° lorsqu'il s'agit de détermi-

ner à partir de quel moment un contrat accessoire, dépendant d'un contrat principal, produit ses effets, on constate qu'on est d'accord, ou presque, sur la solution qu'il convient de donner dans les différentes hypothèses pratiques que cette question comporte ; 2° seulement, lorsqu'il s'agit de rattacher ces différentes solutions à un principe unique, les expliquant toutes, on rencontre la plus grande diffusion dans les idées.

381. Principe à appliquer.— Certes, il est impossible de trouver dans la matière une idée dominante qui exclue la moindre exception. Néanmoins, il importe de n'ériger en principe que cette règle, qui est, en même temps, la plus rationnelle en elle-même, et la moins contredite par les faits.

Or nous pensons que lorsqu'il s'agit d'un contrat accessoire dépendant d'un contrat principal, il faut poser en principe que les effets du contrat accessoire doivent se produire, à partir de la date de ce dernier. En d'autres termes, nous croyons que la réalisation de l'éventualité doit être rétroactive dans la matière.

Démontrons que cette règle est la plus acceptable au point de vue logique, et la plus conforme aux solutions pratiques admises.

382. Rationnellement, un contrat accessoire dépend-il *dans son existence* d'un contrat principal ? Nous ne le pensons pas. Lorsqu'on dit que le contrat accessoire dépend du contrat principal, on ne

pense, et on ne peut logiquement penser, qu'à l'*exécution* du contrat accessoire. Ce dernier ne pourra donc être *exécuté* que le jour où le contrat principal prendra naissance. Mais nul doute *qu'en lui-même* le contrat accessoire, qui suppose réunis un objet, une cause, un consentement émanant de personnes capables, n'ait une existence indépendante du contrat principal. Ainsi, prenons une hypothèque destinée à garantir une dette future. Avant la naissance de la dette, j'ai, ainsi que nous l'avons démontré, un droit éventuel en vertu duquel : je puis inscrire dès à présent l'hypothèque, je puis produire à l'ordre ouvert, je puis faire vérifier ma créance — solutions que personne ne conteste. Une seule chose est impossible pour le moment : je ne puis toucher les collocations devant m'être attribuées ; ces dernières seront déposées à la Caisse des dépôts et consignations jusqu'au jour où la dette principale vient à échéance.

Or, si un contrat accessoire a une existence indépendante du contrat principal pour tout ce qui n'a pas trait à l'exécution proprement dite de ce contrat, il est logique que dans cette mesure ses effets se produisent immédiatement, avant que le contrat principal se réalise.

383. Cette règle est non pas seulement la plus logique, mais encore la plus conforme aux besoins pratiques, la moins contredite par les faits. Il résulte des développements précédents, que c'est cette règle

qu'applique la doctrine au cas d'une hypothèque consentie en vue d'ouverture de crédit, au cas d'un cautionnement ou d'un gage consentis pour une dette future. C'est cette même règle qu'applique la loi pour l'hypothèque du mineur sur les biens du tuteur, ou pour l'hypothèque du Crédit foncier sur les biens de son débiteur. C'est encore cette règle qui s'applique, quoi qu'on en dise, le plus fréquemment en matière de contrat de mariage.

En effet, comparons les concessions respectives que se sont faites la jurisprudence et la doctrine sur cette question. Nul doute que ce soit encore le principe jurisprudentiel qui l'emporte.

Malgré le principe posé, à savoir que le contrat de mariage ne produit ses effets qu'à partir de la célébration du mariage, la doctrine s'est vue contrainte par les faits de reconnaître sur quatre points les effets du contrat de mariage dès sa confection, dès avant le mariage : *a)* quant à l'effet translatif des donations faites aux époux par un tiers ; *b)* quant au fonctionnement de la subrogation réelle ; *c)* quant à la validité des hypothèques consenties par le mari en vertu d'un mandat donné dans le contrat de mariage ; *d)* quant à l'insaisissabilité des immeubles dotaux. Au contraire on constate que le principe qui veut que le contrat de mariage produise ses effets dès le jour de sa naissance ne doit presque pas être écarté. En effet, si la jurisprudence décide que l'hypothèque légale de la femme mariée, ne

prend naissance que le jour du mariage, c'est qu'elle est soucieuse de l'intérêt des tiers ; pour peu que cette hypothèque soit inscrite immédiatement après la confection du contrat de mariage, elle prendra rang dès son inscription, donc dès avant le mariage.

Ensuite, on ne peut dire que le principe souffre une exception quant à l'inaliénabilité de l'immeuble dotal : en effet, si les tribunaux décident que cette inaliénabilité doit commencer à partir du mariage seulement, la doctrine soutient unanimement la solution contraire, c'est-à-dire la solution conforme au principe que le contrat de mariage produit immédiatement ses effets.

Il ne reste comme exception à la règle que l'impossibilité pour le mari de demander, avant le mariage, la mise en possession des biens qui lui adviennent d'après le contrat de mariage et de faire, quant à ceux-ci, des actes d'administration. Mais qu'observons-nous ? Il s'agit ici de l'exécution *effective, en nature*, du contrat de mariage et non pas de ses conséquences juridiques qui peuvent se concevoir en dehors de l'exécution. Or nous avons dit que le contrat accessoire ne produit immédiatement ses effets que pour tout ce qui ne touche pas à son exécution proprement dite. Nous pouvons donc dire avec raison que le principe qui veut que le contrat accessoire produise immédiatement ses effets s'applique même en matière de contrat de mariage.

CONCLUSION

Nous venons d'examiner les effets de la réalisation de l'éventualité dans les différentes hypothèses pratiques où la question peut se poser. Peut-on grouper toutes les solutions données en une formule unique ?

Cela est possible. En effet, lorsqu'un droit éventuel se transforme en droit pur et simple, on devrait normalement conclure que ce n'est qu'à partir de cette transformation que le droit pur et simple produit ses effets. Pourquoi avons-nous maintes fois établi la solution contraire, pourquoi avons-nous déclaré si souvent l'éventualité rétroactive ? *Parce qu'il s'agissait de renforcer la situation du créancier éventuel à l'égard des tiers !* On peut donc dire que dans le domaine des droits réels, le droit éventuel assure un rang dès sa première date ; au contraire, dans le domaine des droits personnels, le droit éventuel ne prendra rang qu'à partir de sa transformation en droit pur et simple.

Cette règle ne comporte que deux exceptions que

nous avons déjà signalées : l'une légale, l'article 777 du Code civil, qui fait remonter au jour de l'ouverture de la succession les effets de son acceptation ; l'autre, créée par interprétation dans le domaine de la capacité, où la réalisation de l'éventualité ne saurait être rétroactive.

Vu : Le Président de la thèse :

M. PLANIOL

Vu : le Doyen :

Ch. LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Notion du droit éventuel et importance de son étude.	1 à 34

Les trois modalités que comporte un acte juridique : le terme, la condition, l'éventualité (n° 1-2). — Recherche d'une définition du droit éventuel ; en quoi il se sépare du droit conditionnel ; en quoi il se sépare de la simple expectative : le droit éventuel suppose la réalisation de l'élément capital d'un droit pur et simple (n°s 3-7). — Quel est l'élément capital dans un droit de source conventionnelle ? (n°s 7-15). — Quel est l'élément capital dans un droit de source légale ? (n°s 16-21). — Définition du droit éventuel (n° 22). — But et utilité de ce travail (n°s 23-24). — La théorie des droits éventuels repose sur la possibilité de la réalisation successive d'un acte juridique ; le principe de l'unité du temps n'a plus de raison d'être aujourd'hui (n° 25). — Dans quelle mesure le droit romain a-t-il écarté le principe de l'unité du temps ? La notion du droit éventuel n'était pas inconnue aux Romains (n°s 26-34). — La théorie des droits éventuels donne une application concrète de ce que doit être l'interprétation scientifique des lois (n°s 35-38).

PREMIÈRE PARTIE

Source des droits éventuels.	35
---	-----------

Subdivisions de la première partie en cinq chapitres (n° 39).

CHAPITRE. I. — *Droits éventuels quant à leur objet.* . 36-89

Position de la question; textes à appliquer; identité d'essence entre la chose future et la chose d'autrui (nos 40-44). — *Section I : Droits réels éventuels quant à leur objet.* — Hypothèses pratiques; conditions d'existence de ces droits: il ne faut pas confondre la vente d'une chose future avec une *venditio spei* (nos 45-46). — *Section II : Droits personnels éventuels quant à leur objet.* — La question se formule d'une façon plus simple: « si une créance future peut faire l'objet d'une cession » (nos 47-48). — Opinion restrictive courante (n° 50). — Critique (nos 51-53). — Les trois faces de la chose future (n° 54). — Une chose future peut faire l'objet d'une obligation; applications jurisprudentielles; un officier ministériel peut-il céder d'avance la créance qu'il aura contre l'acheteur de son office ou l'indemnité reçue à la suite d'une destitution ou d'une suppression de charge? (nos 55-57). — Une chose future peut fixer la mesure d'une obligation ou lui servir de support (n° 58). — Une chose future peut être la condition de validité d'une convention accessoire, par rapport à laquelle elle joue le rôle de principal; applications: cautionnement pour dettes futures, assurances d'une récolte future, hypothèques pour dettes futures, privilèges, nantissements, antichrèse pour dettes futures (nos 59-64). — *Section III : Droits réels éventuels sur la chose d'autrui.* — Nullité de la vente de la chose d'autrui: article 1599; sphère exacte de l'application de cet article (nos 65-72). — Nullité de l'hypothèque sur la chose d'autrui; *quid* des autres droits réels éventuels sur la chose d'autrui? (nos 73-74). — *Section IV : Droits personnels éventuels sur la chose d'autrui.* — Importance pratique de la question si l'on peut créer par convention des droits personnels éventuels sur la chose d'autrui (n° 75). — Pour y répondre il faut examiner si l'article 1599 n'est pas l'application d'un principe rationnel excluant des conventions la chose d'autrui (n° 76). — Manque de fondement de l'article 1599: critique des cinq

explications proposées pour le justifier (nos 77-81). — On ne peut donc exciper de l'article 1599 pour annuler les droits éventuels personnels sur la chose d'autrui, du moment que ce dernier apparaît dans la matière comme étant en fonction de l'article 1184 (nos 82-85). — Quant à la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui, elle manque même de tout fondement légal ; conclusion (nos 86-92). — *Section V : Conditions générales de l'existence des droits éventuels quant à leur objet.* — Application de l'article 1126 aux choses futures ; nécessité pour la chose future d'être, dès à présent, approximativement déterminable (nos 93-97).

CHAPITRE II. — *Droits éventuels quant au consentement*

90-160

Position de la question ; sa double face : le consentement peut faire défaut parce qu'une partie existante ne veut pas encore le donner ; le consentement peut faire défaut parce que l'une des parties n'existe pas ; fondement légal de ces idées (nos 98-100). — *Section I : Droits soumis à l'éventualité du consentement d'une partie existante.* — L'hypothèse ne doit être confondue ni avec le néant juridique, ni avec une simple pollicitation ; le texte capital dans la matière est l'article 1174 ; son fondement (nos 101-105). — Conséquences de l'article 1174 au point de vue de la théorie des droits éventuels (nos 106-109). — Une première source de droits éventuels quant au consentement est fournie par les contrats unilatéraux affectés d'une condition simplement potestative de la part du débiteur ; exception pour les donations ; exemples de conditions simplement potestatives ; applications jurisprudentielles (nos 110-113). — Une seconde source de droits éventuels quant au consentement est fournie par les contrats unilatéraux affectés d'une condition même purement potestative de la part du créancier (no 114). — Une troisième source de droits éventuels quant au consentement est fournie par les contrats synallagmatiques affectés d'une condition même purement potestative ; applications :

les promesses unilatérales de vente ou d'achat ; examen des arrêts (nos 115-118). — Il faut encore voir une source de droits éventuels dans les offres faites pour un délai déterminé : point de rencontre de la théorie des droits éventuels avec l'explication classique de Demolombe et la théorie de l'obligation unilatérale (nos 119-121). — Les droits éventuels quant au consentement en matière de successions (nos 122-123). — Observations complémentaires (nos 124-128). — *Section II : Droits soumis à l'éventualité de l'existence de l'une des parties.* — Quatre hypothèses pratiques (no 129). — a) *Les fondations directes.* — Comment la jurisprudence administrative et civile ont donné satisfaction aux besoins pratiques dans cette direction (nos 130-138). — Critiques soulevées par le procédé du legs à charge employé par la jurisprudence civile (no 139). — Critique de la fondation directe dont la validité a été reconnue par la jurisprudence administrative ; la théorie de la conception civile ou du legs à une entité sous condition ne peut la justifier (nos 140-143). — L'application de la théorie des droits éventuels concilie seule l'intérêt pratique et les principes du droit ; cette théorie, en partant du caractère objectif de l'obligation moderne, enseigne qu'il peut y avoir des droits dont le créancier n'existe pas encore ; réfutation des critiques que cette idée peut soulever (nos 144-156). — S'il peut y avoir des droits sans titulaire, la fondation directe s'impose ; en effet, pourvu qu'il y ait un administrateur chargé de la création de l'institut bénéficiaire, on ne peut plus parler d'interruption dans la propriété des biens du défunt (no 156). — En quoi l'explication des fondations directes par les droits éventuels se sépare de la théorie de l'obligation unilatérale ; en quoi elle se sépare de la théorie des patrimoines d'affectation (nos 157-159). — Dans quel délai la fondation directe doit-elle se constituer ; avec la théorie des droits éventuels, ne transforme-t-on pas la succession jacente en une personne morale ? (nos 160-162). — b) *Legs à une p*

sonne indéterminée. — Nullité du legs direct à une personne indéterminée (n^{os} 163-164). — Validité de ce legs alors qu'il est fait par l'intermédiaire d'une personne morale ou physique ; dans ce dernier cas, on est en présence d'un legs avec faculté d'élire, que la majorité de la doctrine a tort d'annuler (n^{os} 165-167). — c) *Stipulations pour autrui.* — Au profit d'une personne indéterminée ces stipulations sont incontestablement validées (n^{os} 168-169). — Au contraire, la jurisprudence annule les stipulations au profit de personnes futures ; critique : la théorie des droits éventuels ordonne leur validité (n^o 170). — d) *Gestion d'affaires.* — Cette dernière peut s'appliquer même à des personnes indéterminées ou futures (n^o 171)

CHAPITRE III. — *Droits éventuels quant à la capacité des parties.* 161-181

Position de la question ; le consentement peut être incomplet soit à raison de l'incapacité soit à raison du manque de pouvoir d'une des parties ; il n'y a pas intérêt à distinguer ici entre la capacité et le pouvoir (n^{os} 172-174). — *Mineurs non émancipés et interdits.* — L'habilitation postérieure d'un acte passé par le mineur seul est-elle possible ? Comment la question peut se poser (n^{os} 175-177). — Cette habilitation n'intervient ni à titre de confirmation, ni comme réfection de l'acte passé par le mineur ; cette habilitation apparaît comme la condition de perfection d'un consentement existant ; aussi doit-elle être autorisée (n^{os} 178-179). — Objections pratiques et juridiques que cette thèse soulève (n^{os} 180-182). — L'habilitation postérieure est encore possible si c'est le tuteur qui passe un acte sans l'autorisation du conseil de famille ou de l'homologation du tribunal ; exceptions légales à cette règle (n^{os} 183-187). — *Mineurs émancipés, prodigues.* — Impossibilité pour ces derniers de passer un acte sous l'éventualité d'une assistance postérieure de leur curateur (n^o 188). — *Femme mariée.* — L'autorisation du mari ne peut intervenir après coup ; *quid* des formalités habilitantes exigées par l'article 1558 ? On doit admettre

l'affirmation, sauf exceptions (nos 189-190). — *Personnes morales ; autres hypothèses.* — Avantages du système de la validité d'une habilitation postérieure en matière de donations au profit de personnes morales ; question que peut soulever, au point de vue de la validité d'une habilitation postérieure, la conception qu'on se fait de la personnalité morale ; *quid* de l'habilitation postérieure pour un curateur à succession vacante, pour un exécuteur testamentaire, etc. ? (nos 191-196).

CHAPITRE IV. — *Droits éventuels quant à la cause.* 182-188

Il ne peut y avoir des droits éventuels quant à la cause, non pas à raison de l'article 1131, mais parce que la cause n'est pas, réellement parlant, une condition essentielle à la validité des contrats. Critique de la théorie de la cause. Au surplus, si l'on ne consent à rejeter l'idée de cause, on conviendra que les droits qu'on appelle éventuels quant à la cause sont, en même temps, des droits éventuels quant à l'objet ou quant au consentement. En aucun cas il ne saurait y avoir des droits éventuels quant à la légitimité de la cause, (nos 197-202).

CHAPITRE V. — *Droits éventuels légaux.* . . . 189-210

Les droits éventuels légaux résultent des *successions ab intestat* ou des obligations légales (n° 213). — *a) Succession ab intestat.* — Les héritiers réservataires et les institués contractuels ont des droits éventuels du vivant de leur auteur ou donateur ; les héritiers non réservataires n'en ont pas, sauf controverse (nos 203-208). — *b) Obligations légales.* — Critique de la conception étroite qu'on se fait ordinairement des obligations légales ; les obligations quasi-contractuelles, délictuelles ou quasi-délictuelles sont en réalité les obligations légales (nos 209-213). Sources des droits éventuels légaux : le bornage, le droit de clôture (nos 214-216), l'obligation alimentaire (n° 217), la restitution de l'indû (n° 218), l'acceptation d'une hérédité (n° 219), la gestion d'affaires (n° 220), l'enrichissement sans cause (n° 221), les délits et quasi-délits (n° 222).

DEUXIÈME PARTIE

Organisation juridique des droits éventuels. 211-212

Subdivision de la deuxième partie en quatre chapitres (n° 223).

CHAPITRE I. — Droits des créanciers éventuels . . . 213-255

Comment on peut déterminer la portée du droit éventuel en dehors d'une réglementation légale. Triple face des droits du créancier éventuel (n°s 224-228).

— *Section I : Droits des créanciers éventuels de faire les actes conservatoires.* — Le créancier conditionnel peut faire en principe les actes conservatoires permis aux créanciers sous condition suspensive ; notion exacte de l'acte conservatoire ; plan (n°s 229-231). — Les actes conservatoires permis au créancier éventuel : les réquisitions d'inscriptions hypothécaires (n° 232) ; la signification d'une cession éventuelle de créance (n° 233) ; la prise en possession d'un gage éventuel (n° 234) ; l'action en reconnaissance de droits (n°s 235-237) ; l'inscription d'une hypothèque judiciaire en vertu d'une condamnation éventuelle (n°s 238-240) ; *quid* du droit à une collocation (n°s 241-243) ; *quid* de la saisie-arrêt (n°s 244-246) ; l'apposition des scellés et la confection d'un inventaire (n° 247) ; la séparation de patrimoines (n° 248) ; l'opposition au partage (n° 249) ; le droit d'intervenir dans une instance en séparation de biens (n° 250) ; *quid* de l'action oblique et de l'action paulienne (n°s 251-253). — Observations (n° 254). — *Section II : Droit de poursuivre la réalisation de l'éventualité.* — Pourquoi le créancier éventuel a la jouissance de ce droit ; en quoi consiste ce droit (n°s 255-256). — Droit de contraindre le débiteur à préparer la réalisation de la prestation éventuelle (n° 257). — Droit d'empêcher la détérioration ou la destruction de la chose (n° 258). — Sanctions de ces droits ; risques (n° 259). — *Section III : Régime exceptionnel.* — Certains

créanciers éventuels n'ont pas même le droit de faire les actes conservatoires : ce sont les héritiers réservataires et les institués contractuels ; motif de la règle ; comment la doctrine cherche à remédier à cet état de choses (nos 260-266). — Au contraire, il y a des cas où le droit éventuel est traité comme un droit pur et simple (n° 267).

CHAPITRE II. — *Transmission des droits éventuels.* 256-263

Transmission des droits éventuels entre-vifs ou par décès ; procédé des significations anticipées à des personnes qui ne sont pas encore débitrices dans les cessions de droits éventuels (nos 268-274).

CHAPITRE III. — *Extinction des droits éventuels.* . 263-295

Classement des modes d'extinction des droits éventuels (nos 275-276). — Le paiement (nos 277-280). — La dation en paiement (nos 281-286). — La novation (nos 287-295). — La compensation (nos 296-299). — La confusion, le terme extinctif, l'impossibilité d'exécuter, la réalisation de l'éventualité (n° 300). — La remise de dette (nos 301-305). — La prescription (nos 306-315). — L'annulation, la résolution, la rescision (n° 316). — La loi (n° 317).

CHAPITRE IV. — *Réalisation de l'éventualité.* . . 296-3

Importance de la question ; l'éventualité est-elle rétroactive comme la condition ? (nos 318-319). — *Section 1 : Fondement, valeur et sens de la rétroactivité comme construction technique.* — Pourquoi on doit examiner cette question ici (nos 320-321). — Première explication : la rétroactivité est la conséquence de la perfection du contrat ; conséquences de ce système ; critique (nos 322-325). — Deuxième explication : la rétroactivité repose sur la commune intention des parties : critique (nos 326-328). — Troisième explication : la rétroactivité est une construction juridique imaginée pour expliquer certains résultats pratiques réclamés par l'intérêt des parties ; développement de cette idée ; réfutation de l'opinion qui déclare la rétroactivité dangereuse à l'intérêt des parties (nos 329-331). — En réalité la

rétroactivité masque un transfert partiel de la propriété opéré le jour où le contrat conditionnel est passé; réputation des objections (nos 332-336). — *Section II : Point de départ des effets de la réalisation de l'éventualité.* — Plan (nos 337-338). — Droits éventuels quant au consentement; l'éventualité est-elle ici rétroactive? Examen de la controverse par rapport aux promesses de vente nos 339-352). — Droits éventuels quant à l'objet. L'éventualité est rétroactive. Application aux hypothèques générales à la vente successive d'une chose future ou de la chose d'autrui, à la vente des meubles par anticipation (nos 353-367). — Droits éventuels quant à la capacité. Pourquoi l'éventualité ne doit pas être rétroactive dans ce domaine (nos 368-371). — Droits éventuels quant à la réalisation d'un élément essentiel spécial à leur nature. Exemple : les droits de succession. Solution de l'article 777 (no 372). — Droits éventuels quant à la nécessité de l'existence d'un contrat principal. L'éventualité est rétroactive; applications au contrat de mariage et aux autres contrats accessoires (nos 373-383). — Conclusion n° (384).

ERRATA

Page 28, ligne 3, lire : adition, au lieu d'addition.

Page 57, ligne 10, lire : tous les auteurs le permettent, au lieu de : tous les auteurs la permettent.

Page 231, ligne 18, lire au commencement de la ligne : de, au lieu de : pour

